

E-BOOK

Le note a sentenza

di

GIUSTIZIA INSIEME



Annuario

della giurisprudenza amministrativa annotata

2021

comitato di redazione della sezione diritto e processo amministrativo della rivista
GIUSTIZIA INSIEME

Maria Baldari; Antonio Barone; Antonio Bartolini; Vittoria Berlingò; Domenico Bottega; Giovanni Botto; Vinicio Brigante; Chiara Cacciavillani; Stefania Caggegi; Marco Calabrò; Sonia Caldarelli; Michele Ricciardo Calderaro; Enza Caracciolo; Andrea Carbone; Francesco Cardarelli; Edoardo Caruso; Silvia Casilli; Alice Cauduro; Paola Chirulli; Fabiola Cimbali; Alessandro Cioffi; Emanuela Concilio; Andrea Crismani; Filippo D'Angelo; Raffaella Dagostino; Maria Grazia Della Scala; Gianluigi Delle Cave; Luca De Lucia; Maximilian Denicolò; Ruggiero Dipace; Carmine Filicetti; Cristina Fragomeni; Fabio Francario; Simone Francario; Roberto Fusco; Fortunato Gambardella; Silia Gardini; Ilaria Genuessi; Loredana Giani; Nicola Gullo; Annarita Iacopino; Giovanna Iacovone; Margherita Interlandi; Giuseppe La Rosa; Roberto Leonardi; Tania Linardi; Marco Magri; Francesco Manganaro; Giuseppina Mari; Francesco Martines; Antonella Mirabile; Saul Monzani; Remo Morzenti Pellegrini; Clara Napolitano; Angelo Giuseppe Orofino; Piergiuseppe Otranto; Rocco Parisi; Vera Parisio; Sergio Perongini; Ippolito Piazza; Aristide Police; Pierluigi Portaluri; Giuseppe Primerano; Marco Ragusa; Renato Rolli; Anna Romeo; Maria Alessandra Sandulli; Andreina Scognamiglio; Simone Serio; Martina Sforna; Veronica Sordi; Mario Spasiano; Giordana Strazza; Alessandro Squazzoni; Fabrizio Tigano; Matteo Timo; Michele Trimarchi; Giuseppe Tropea; Claudia Tubertini; Silvia Tuccillo; Stefano Vaccari; Piera Vipiana; Flavio Valerio Virzì; Francesco Volpe; Enrico Zampetti.

Il presente e-book viene pubblicato in *open access* sulla rivista Giustizia Insieme con l'assenso della casa editrice Editoriale Scientifica

ISBN 979-12-5976-657-1



INDICE

Anno 2021

F. APERIO BELLA, <i>Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio</i> (nota a Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021)	1
M. BALDARI, <i>Accertamento penale ed accertamento amministrativo in caso di lottizzazione abusiva</i> (Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 19 luglio 2021, n. 5403)	27
M. BALDARI, <i>La CGUE riconosce il “diritto al silenzio” nei procedimenti sanzionatori dinanzi alla Consob</i> (Nota a CGUE, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19)	37
G. BAROZZI REGIANI, <i>Poteri impliciti delle Autorità indipendenti e principio di legalità. Il potere di accertamento della Consob</i> (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, 14 dicembre 2020, n. 7972)	50
A. BARTOLINI, <i>Il termine del procedimento amministrativo tra clamori di novità ed intenti di pietrificazione</i>	72
F. P. BELLO, <i>Primissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato</i>	76
D. BOTTEGA, <i>Il principio della domanda nel giudizio di ottemperanza</i> (nota a C.G.A.R.S., Sez. giur., 14 luglio 2021, n. 707)	92
D. BOTTEGA, <i>Illegittima erogazione dei bonus Covid e protezione dati personali. Il sindacato del Garante sulle modalità di organizzazione della verifica della spettanza</i>	110
M. BROCCA, <i>Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa</i> (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)	125
M. BROCCA, <i>La vis expansiva della sanatoria edilizia e il limite delle aree naturali protette</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 6 luglio 2021, n. 5152)	143
S. CAGGEGI, <i>L’estinzione del processo non estingue l’azione. Rinuncia agli atti e rinuncia all’azione nel processo amministrativo</i> (nota a TAR Lazio – Sez. Terza Ter sentenza del 04.11.2020 n. 11408)	154

S. CAGGEGI, <i>Premesse alla lettura della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza, 20 ottobre 2021 n. 7045 sull'obbligo vaccinale</i>	161
M. CALABRÒ, <i>Energia, ambiente e semplificazione amministrativa</i> (nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 24 novembre 2020, n. 12464)	169
M. CALABRÒ, <i>La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili</i> (nota a Corte Giust. UE, Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18)	187
G. CAPRA, <i>La lesione dell'affidamento i dubbi sulla giurisdizione e sulla tutela del privato</i> (nota a margine dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 3701 del 2021)	205
G. CAPRA, <i>Sull'obbligo di rinvio pregiudiziale</i> (nota a CGUE, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA in C-561/19)	222
V. CARACCILO LA GROTTIERA, <i>Interpretazione dell'atto amministrativo ed eccesso di potere</i>	224
P. CARPENTIERI, <i>Paesaggio, ambiente e transizione ecologica</i>	231
S. CASILLI, <i>Legittimazione, accertamento e risarcimento- il punto sulla capacita' delle associazioni esponenziali</i> (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 28 maggio 2021 n. 4116)	255
A. CAUDURO, <i>Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata e vaccinazione Covid-19</i> (nota a Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)	264
F. CIMBALI, <i>Concorrenza e giurisdizione- il caso R.A.I. Pubblicità</i> (nota a T.A.R. Liguria, sez. II, 9 aprile 2021, n. 307)	269
A. CIOFFI, <i>Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione</i> (nota a Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802)	284
A. CIOFFI, <i>Whatsapp e l'ordinamento militare tra interesse pubblico e privato</i> (nota a TAR Emilia-Romagna, sez. I, 18 febbraio 2021 n. 124)	291

A. COIANTE e S. TRANQUILLI, <i>Semplificare per resistere. Il d.l. “Semplificazioni-Governance” n. 77/2021 e i contratti pubblici</i>	294
E. CONCILIO, <i>Atti giudiziari e tutela dei dati personali</i> (nota a TAR Lazio, Sez. III, 1° febbraio 2021, n. 579)	320
E. CONCILIO, <i>La tutela risarcitoria negata- quando la colpa lievissima supera l’errata motivazione</i> (nota a Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia Sezione Giurisdizionale, 7 aprile 2021, n. 295)	328
A. CRISMANI, <i>La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d’ufficio</i> (note su Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442)	342
F. D’ANGELO, <i>La proposta di regolamento sui «servizi digitali» dell’Unione europea- profili procedurali</i> (brevi note)	352
R. DAGOSTINO, <i>Efficacia dell’annullamento ex tunc, ex nunc o a die crastino?</i>	357
R. DAGOSTINO, <i>Principi e regole dell’istruttoria in appello e intellegibilità della decisione giudiziaria. A proposito di una sentenza “oscurata”</i> (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021 n. 5560)	379
R. DE NICTOLIS, <i>Tra (dis)proporzionalità e (in)efficienza, un nuovo giudizio immediato (art. 72-bis c.p.a.) per la giustizia amministrativa</i>	395
M. G. DELLA SCALA, <i>Giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie risarcitorie per danno da omessa vigilanza sanitaria su dispositivi medici</i> (nota a Tar Lazio, Sez. III, 13.1.2021 n. 485)	408
G. DELLE CAVE, <i>Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.- un connubio (im)possibile? competenze procedurali e portata applicativa dell’art. 17 bis l. n. 241/1990</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)	421
G. DELLE CAVE, <i>La Valutazione Ambientale Strategica- ratio, caratteristiche e peculiarità</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152)	441
R. DIPACE, <i>All’Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative</i>	459

C. FILICETTI, <i>Sui limiti e poteri del giudice dell'ottemperanza in ordine al giudicato civile di condanna</i> (nota a Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana, 28 giugno 2021, n. 623)	464
M. FILIPPI, <i>Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza</i>	473
M. FILIPPI, <i>Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza</i>	487
F. FRANCARIO e G. MONTEDORO, <i>Intervista</i>	501
S. FRANCARIO, <i>Spedizioni internazionali rifiuti pericolosi- poteri sovrani dello Stato di importazione e discrezionalità politica dello Stato di esportazione</i> (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 26 07 2021 n. 554)	516
F. FRANCARIO, <i>Disposizioni "urgenti" in materia di protezione dei dati personali. Brevi note sul trattamento dati per finalità di pubblico interesse</i>	530
F. FRANCARIO, <i>Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità</i>	539
F. FRANCARIO, <i>Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa - la trappola della tutela risarcitoria</i>	553
F. FRANCARIO, <i>Protezione dati personali e Pubblica Amministrazione</i>	567
R. FUSCO, <i>Autotutela sugli atti del commissario ad acta nel giudizio avverso il silenzio</i> (nota a Cons Stato, Sez. IV, 18 03 2021, n. 2335)	596
R. FUSCO, <i>Il diritto al risarcimento del militare per i danni subiti a causa dell'esposizione all'uranio impoverito</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 novembre 2020, n. 7560)	608
C. E. GALLO, <i>Attualità del giudice amministrativo</i>	616
C. E. GALLO, <i>La riemissione del provvedimento amministrativo</i>	627
F. GAMBARDELLA, <i>Giudizio cautelare e principio di sinteticità degli atti processuali</i> (nota a CGARS ord. 36/2021 e decr. 31/2021)	635

F. GAMBARDELLA, <i>Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)	644
S. GARDINI, <i>Accertamento dell'illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori e condanna alle spese in caso di cessata materia del contendere</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6824)	656
S. GARDINI, <i>Imparzialità e ragionevolezza delle leggi-provvedimento. Il caso del Teatro Eliseo</i> (nota a Cons. di Stato, sez. IV, ord. 21 dicembre 2020, n. 8191)	666
I. GENUESSI, <i>La risarcibilità del danno da perdita di chance</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268)	675
I. GENUESSI, <i>Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico-tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti</i>	694
M. GOLA, <i>Pandemia, Stato e Regioni- quando la 'materia' non basta</i> (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021)	715
G. GRECO, <i>Concessioni affidate alle società in house- una contradictio in adjecto</i>	731
G. IACOVONE e A. IACOPINO, <i>Precauzione e prevenzione- nel dedalo delle competenze comunali, regionali e statali si attenua la tutela dei (diritti fondamentali dei) cittadini</i>	739
G. IACOVONE, <i>Paesaggio e ricerca scientifica</i> (nota a TAR Lazio - Roma, sez. II quater, n. 1080/2021)	758
L. M. LA ROCCA, <i>Prime osservazioni al Decreto "Semplificazioni bis"</i>	768
E. LAMARQUE, <i>Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale</i> (nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)	780
T. LINARDI, <i>Il concordato "in bianco" e le cause di esclusione nell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, ord. 8 gennaio 2021 n. 309)	789
G. MANNUCCI, <i>Responsabilità (contrattuale) della pubblica amministrazione e tutela del terzo (a proposito di CGARS 15 dicembre 2020 n. 1136)</i>	808

A. MANZIONE, <i>Il tempo e la responsabilità della P.A. nella visione del legislatore all'epoca della pandemia</i>	817
G. MARI, <i>Provvedimenti cautelari del giudice ordinario e giudizio di ottemperanza (in materia di pubblico impiego privatizzato)</i> (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2021, n. 1463)	830
B. A. MASSO, <i>The limits to the freedom of economic initiative in EU- between (absence of) commercial planning and protection of historic Town centers</i>	844
M. MAZZAMUTO, <i>L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo</i> (nota a Cons. st., sez. II, n. 8546/2020)?	852
M. MAZZAMUTO, <i>L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo</i> (nota a Cons. st. sez. II n. 8546_2020)	872
A. MIRABILE, <i>Il termine dei motivi aggiunti in materia di contratti pubblici e l'incertezza della Corte Costituzionale</i>	892
S. MONZANI, <i>I limiti della giurisdizione amministrativa sui rapporti di concessione</i> (nota a CGARS 16 ottobre 2020, n. 935 e Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100)	908
S. MONZANI, <i>Il caso Diasorin parte seconda. Le "collaborazioni" tra strutture pubbliche ed operatori privati nel campo biomedico</i> (nota a Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2020, n. 8126)	924
C. NAPOLITANO, <i>Legittimo affidamento e risarcimento del danno- la Plenaria si pronuncia</i> (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20)	930
C. NAPOLITANO, <i>Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato</i> (nota a Cons. Stato, II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013)	948
C. NAPOLITANO, <i>Scuola, regioni e COVID-19. Sviluppi giurisprudenziali</i>	965
A. G. OROFINO e A. PANZAROLA, <i>Sulla tutela cautelare monocratica richiesta con «flaggatura»</i> (note critiche a T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, decr. 31 dicembre 2020, n. 503)	975
P. OTRANTO, <i>Gli incarichi legali della p.A. e le "mobili frontiere" dell'equo compenso</i>	982

R. PAPPALARDO, <i>La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione</i> (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)	994
I. PIAZZA, <i>Strumentalità dell'accesso difensivo e sindacato giurisdizionale- osservazioni alla luce della normativa sulla trasparenza</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 31 dicembre 2020, n. 8543)	1015
P. L. PORTALURI, <i>Amara Sicilia e bella. Iudicis ad memoriam Livatini</i>	1023
G. PRIMERANO, <i>Consumo di suolo e divieto di edificazione in area agricola</i> (nota a Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 12 marzo 2021, n. 240)	1033
G. PRIMERANO, <i>L'actio iudicati nel "nuovo" processo amministrativo</i> (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 2020, n. 24)	1041
M. RAGUSA, <i>Forme di tutela dell'interesse alla (tempestiva) conclusione del procedimento</i> (nota a Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 20 aprile 2021, n. 4597)	1048
M. RAGUSA, <i>Sulla rilevanza dei piani regolatori dei porti</i> (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2020 n. 8356)	1063
M. RICCIARDO CALDERARO, <i>Note di udienza e tutela dell'integrità del contraddittorio nella disciplina emergenziale del processo amministrativo</i> (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 2021, n. 5404)	1072
M. RICCIARDO CALDERARO, <i>Recenti sviluppi in tema di intervento e di opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo</i> (nota a CGARS, 13 gennaio 2021, n. 27)	1086
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Interdittiva antimafia e controllo giudiziario</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319)	1112
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Il vaccino contro l'infezione mafiosa. Note in tema di interdittiva antimafia</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. I, parere 18 giugno 2021, n. 1060)	1118
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Interdittiva antimafia e giudicato penale</i> (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049)	1124

R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale</i> (nota a ord.za TAR - Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732)	1133
M. A. SANDULLI, <i>Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa"</i>	1140
M. A. SANDULLI, <i>Basta norme - trappola sui rapporti tra privati e P.A o il Recovery è inutile</i>	1155
M. A. SANDULLI, <i>Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza</i>	1160
M. A. SANDULLI, <i>Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa" in malam partem</i> (nota a Corte cost. 14 maggio 2021 n. 98)	1167
A. SCOGNAMIGLIO, <i>I termini del procedimento (sanzionatorio) presi sul serio</i> (nota a Cons Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584)	1173
A. SCOGNAMIGLIO, <i>Silenziò della P.A e regime giuridico del provvedimento sopravvenuto alla nomina del commissario ad acta</i>	1182
A. SCOGNAMIGLIO, <i>Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenziò della P.A.</i> (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8)	1192
G. SEVERINI e P. CARPENTIERI, <i>Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione</i>	1202
M. SINISI, <i>L'accesso defensionale a materiali e contenuti informativi in possesso della RAI (il caso Report).</i> (nota a TAR Lazio, Sez. III, 18 giugno 2021, n. 7333)	1208
V. SORDI, <i>Il processo amministrativo "emergenziale" alla prova della giurisprudenza amministrativa</i>	1223
V. SORDI, <i>La concessione della Certosa di Trisulti al Dignitatis Humanae Institute. Autotutela e "anestetizzazione" del termine per provvedere</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207)	1231
M. R. SPASIANO, <i>Nomina dei componenti togati del Comitato Direttivo della Scuola superiore della magistratura – è l'auto-vincolo a imporre il procedimento selettivo a carattere comparativo</i>	1237

A. SQUAZZONI, <i>Affidamento in house e motivazione del mancato ricorso al mercato</i> (nota a Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102)	1244
A. SQUAZZONI, <i>La disciplina “civilizzata” della rinnovazione della notificazione nulla del ricorso nel processo amministrativo</i> (nota a Corte cost. 9 luglio 2021, n. 148)	1252
G. STRAZZA, <i>Sull’uso off-label dell’idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19</i> (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, ord.za 11 dicembre 2020, n. 7097)	1261
E. TEDESCHI, <i>Legittimazione ad agire dell’ANAC e giurisdizione amministrativa</i> (nota a T.A.R.Campania, Salerno Sez. I, 2.1.2021 n. 1) 1279	
G. TOSCANO, <i>Il lavoro agile nelle rinnovate logiche del sistema produttivo</i>	1291
M. TRIMARCHI, <i>Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell’adunanza plenaria</i> (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)	1307
G. TROPEA, <i>Giurisdizione e acquisizione sanante- l’ennesima sciarada</i> (nota a Cass., sez. I, ord. n. 29625/20)	1327
F. VOLPE, <i>E prima? (spigolature accademiche)</i>	1336
F. VOLPE, <i>Il processo amministrativo dopo l’estate del 2021</i>	1341
E. ZAMPETTI, <i>La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l’Adunanza Plenaria n. 7 del 2021</i>	1351
E. ZAMPETTI, <i>Le conclusioni dell’Avvocato Generale sulle questioni pregiudiziali poste dall’ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 19598 del 2020</i>	1369
E. ZAMPETTI, <i>Postilla a Il controverso requisito della permanenza in servizio del consigliere C.S.M. la decisione spetta al giudice ordinario</i> (nota a Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2021 n. 215)	1374
F. CIMBALI, <i>Pubblico e privato nella gestione dell’emergenza pandemica</i> (nota a TAR Lazio, sez. III, 26 ottobre 2020, n. 10933)	1380

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2018 – 10 novembre 2021

Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021)

di Flaminia Aperio Bella

Sommario: 1. Premessa – 2. Il problema dell'integrazione della motivazione dell'atto amministrativo in corso di giudizio nella lettura del Consiglio di Stato – 3. La convalida del provvedimento e gli altri istituti espressivi del principio di economia dei mezzi giuridici – 4. I vizi convalidabili e la qualificazione del vizio di motivazione – 5. *In cauda venenum*: la convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio – 6. Digressioni alla luce della giurisprudenza successiva – 7. Considerazioni conclusive sui limiti all'applicabilità della logica del giudizio "sul rapporto".

1. Premessa

La decisione che si annota individua le condizioni di ammissibilità della convalida in corso di giudizio del provvedimento viziato sotto il profilo della motivazione, ricercandone le differenze rispetto alla c.d. integrazione postuma della motivazione, che il Collegio ritiene sempre inammissibile.

La controversia origina dall'esposto con cui il Codacons segnalava all'AGCM che la manifestazione "Eletto prodotto dell'anno" avrebbe costituito una pratica commerciale scorretta per orientare in maniera ingannevole i consumatori verso determinati prodotti. La censura si appuntava sulle condizioni per accedere alla competizione (i.e. la presenza del prodotto nel circuito della grande distribuzione e la corresponsione di una quota di ammissione) e sul fatto che il vincitore, titolato a esporre il marchio "eletto prodotto

dell'anno", si sarebbe avvantaggiato dell'affidamento impropriamente ingenerato nei consumatori, in assenza di un completo confronto tra i prodotti in commercio.

L'Autorità comunicava al Codacons l'archiviazione per "manifesta infondatezza" dell'esposto, motivando che risultavano "assenti gli elementi di fatto idonei a giustificare ulteriori accertamenti". Il Codacons impugnava il provvedimento, lamentandone a vario titolo l'illegittimità e in particolare l'insufficiente motivazione, richiedendo il riesame del proprio esposto.

Con successivo atto l'Autorità "confermava il non luogo a provvedere". Anche tale secondo provvedimento veniva gravato in giudizio dal Codacons che, con motivi aggiunti, insisteva per l'annullamento dell'archiviazione come confermata dal sopravvenuto provvedimento.

Il primo giudice, dichiarata l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo, respingeva nel merito i motivi aggiunti affermando che l'Autorità avrebbe adeguatamente motivato l'assenza della ingannevolezza nella pratica oggetto di segnalazione *"in ragione della presenza di esaustive informazioni messe a disposizione sul sito internet www.prodottodellanno.it riguardanti l'iscrizione dei prodotti, il controllo dei requisiti, la ricerca di mercato e l'utilizzo del logo. Quanto all'uso del claim "Eletto Prodotto dell'Anno", Agcm ha ritenuto che la locuzione adoperata accanto al claim "i Consumatori premiano l'innovazione" fosse sufficiente a delimitare la natura del processo di selezione, nel quale è premiata l'innovazione del prodotto e non, in termini assoluti, il miglior prodotto in ogni categoria"*.

Contro tale pronunciamento il Codacons proponeva appello, denunciando *in primis* l'erroneità della sentenza gravata per aver dichiarato improcedibile il ricorso. Nella ricostruzione dell'appellante il TAR avrebbe errato nel non rilevare l'inammissibile violazione del divieto di motivazione postuma perpetrata dall'Autorità con il suo secondo provvedimento, che non si limitava a confermare l'esito dell'archiviazione disposta, bensì forniva le ragioni (precedentemente non puntualmente esplicitate) a sostegno della decisione assunta.

2. Il problema dell'integrazione della motivazione dell'atto amministrativo in corso di giudizio nella lettura del Consiglio di Stato.

L'esame della censura consente al Collegio di affrontare il tema dell'integrazione della motivazione dell'atto amministrativo in corso di giudizio, questione che viene scomposta in tre diverse ipotesi: (i) la motivazione postuma fornita dall'amministrazione resistente attraverso gli scritti difensivi; (ii) la statuizione del giudice di non annullabilità dell'atto viziato da carente motivazione, qualora «sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» (ex art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990) e (iii) la possibilità di sanare la motivazione carente o insufficiente con un provvedimento di convalida.

Nella ricostruzione del Collegio, tanto la prima che la seconda ipotesi sarebbero da respingere secondo la giurisprudenza prevalente.

Quanto alla possibilità per la p.A. di integrare la motivazione del provvedimento tramite i propri difensori, l'orientamento della giurisprudenza è sempre stato di segno negativo. Nella ricostruzione del Collegio le pronunce più risalenti avrebbero peraltro trovato sostegno nell'art. 6, l. 18 marzo 1968, n. 249, che ammetteva la convalida nelle more del giudizio esclusivamente con riguardo al vizio di incompetenza.

Allo stesso modo, nella ricostruzione della sentenza annotata, il dibattito riaceso a partire dal 2005 tra i sostenitori dell'applicabilità del meccanismo "non invalidante" disciplinato dall'art. 21-*octies* l.n. 241/90 al vizio di motivazione e chi, al contrario, escludeva tale vizio da quelli "sulla forma o sul procedimento", si sarebbe risolto nel senso dell'inammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione. Tale ultimo indirizzo, avallato dalla Corte costituzionale a partire dal 2015, sarebbe ormai prevalente e consolidato nel senso che "*il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma [...] e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti*". Nello stesso senso, puntualizza la Sezione, si è espressa la dottrina, sulla scorta le regole del giusto procedimento amministrativo come delineato dal diritto euro-unitario.

Discorso diverso è riservato all'ipotesi, in rilievo nel caso di specie, della conservazione dell'atto amministrativo operata mediante un nuovo atto integrativo della motivazione insufficiente.

La sentenza si sofferma dunque sull'istituto della convalida (art. 21-*nonies*, co. 2, l. n. 241/90) nei suoi caratteri generali, rintracciandone le radici nella possibilità per l'Amministrazione di concludere il riesame del proprio operato con una decisione di carattere conservativo ("convalescenza"), fenomeno da sempre ritenuto ammissibile in dottrina e tradizionalmente ancorato al principio generale di economicità e conservazione dei valori giuridici e alla garanzia del buon andamento dell'agire amministrativo.

È dunque passato in rassegna il ventaglio di atti con esito confermativo tradizionalmente ricondotti alla potestà generale dell'amministrazione di prevenire o risolvere le controversie sulla legittimità dei propri atti. Il Collegio esamina pertanto gli istituti della conferma, della ratifica, della convalida, della rettifica, della conversione e della sanatoria, evidenziandone l'elemento distintivo nel vizio da emendare. Tra questi istituti, accomunati dalla uniforme matrice di provvedimenti di carattere conservativo, la sentenza precisa però che solo la sanatoria (ovvero "*l'effetto che si verifica allorché un provvedimento viziato per mancanza nel procedimento di un atto preparatorio viene sanato dalla successiva emanazione dell'atto mancante*") e la ratifica (i.e. "*l'appropriazione dell'atto, emesso da un organo incompetente (ovvero fornito di una competenza temporanea e occasionale), da parte della Autorità che sarebbe stata competente*") possono ritenersi ricompresi nella (pur ampia) formulazione dell'art. 21-*nonies*, co. 2, l. n. 241/90, perché ascrivibili al *genus* dei provvedimenti di secondo grado tesi ad eliminare il vizio da cui l'atto originario è inficiato. Medesima struttura e funzione non è invece rintracciata né nella conferma propria (in quanto, sia pur connotata dall'apertura di una nuova istruttoria a differenza dell'atto meramente confermativo, non è comunque volta a rimuovere alcun vizio), né nella rettifica (avente ad oggetto difformità che comportano solo l'irregolarità del provvedimento) né, da ultimo, nella conversione (che tiene fermo il provvedimento originario sussumendolo in una diversa fattispecie).

Così perimetrata rispetto alle nozioni contermini, la convalida è esaminata dalla sentenza nei suoi caratteri peculiari.

Trattandosi di provvedimento che “si salda” con il provvedimento convalidato, dando luogo a una fattispecie complessa, la convalida è “fonte di una sintesi effettuale autonoma” senza operare una modificazione strutturale del provvedimento viziato. La convalida, poi, opera *ex tunc* proprio perché si ricollega all’atto convalidato, mantenendone fermi gli effetti fin dal momento in cui esso venne emanato (in tale carattere riposa la principale differenza rispetto alla rinnovazione dell’atto, che invece non retroagisce). Il Collegio accenna, per tale via, a un importante limite al potere di convalida nelle ipotesi in cui l’esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio.

Passando ai requisiti “strutturali” del provvedimento di convalida, la sentenza abbraccia l’approccio “informale”, che ritiene superflua l’individuazione precipua del vizio da convalidare e bastevole che, dal tenore complessivo del provvedimento, “*si desuma che la “causa” dell’atto è quella di dare stabilità e sicurezza a un atto invalido*”, in ciò identificando, peraltro, le “*ragioni di interesse pubblico*”.

Quanto al requisito temporale del termine ragionevole, il Collegio si limita a notare che “*lo stesso trascorrere del tempo può contribuire a corroborare il legittimo affidamento del privato che dal provvedimento invalido abbia ricavato delle utilità*”.

Affrontando la più annosa questione della emendabilità tramite convalida del vizio di motivazione, la sentenza muove dalla distinzione tra vizi di tipo formale e procedimentale (compreso quello di incompetenza relativa) da ritenersi sempre sanabili, e vizi “sostanziali” (“*derivanti cioè dall’insussistenza di un presupposto o requisito di legge, ovvero dall’irragionevolezza e non proporzionalità del decisum*”) rispetto ai quali la convalida è priva di effetto.

A tale stregua, il Collegio verifica la convalidabilità del vizio di motivazione: ammettendola nei casi in cui si traduca in una mera “*insufficienza del discorso giustificativo-formale*” ovvero nel “*non corretto riepilogo della decisione presa*” ed escludendola in tutti i casi in cui “*l’inadeguatezza della motivazione riflette un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti)*”. Merita enfatizzare la precisazione che, nel primo caso, l’amministrazione si limiterebbe a munire l’atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente, lasciandone ferma l’essenza dispositiva, e a “*tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedimentali*”.

La sentenza giunge, infine, al tema della convalida in corso di giudizio.

La questione è affrontata nel prisma della contrapposizione tra un “modello processuale amministrativo primigenio” e l’impianto del “nuovo processo amministrativo”.

Nel primo modello, incentrato sull’atto, la pendenza dell’impugnativa del provvedimento da convalidare escludeva l’operatività della convalida. Per la via della convalida, infatti, l’Autorità avrebbe finito con l’eludere le garanzie predisposte a tutela del cittadino leso dal provvedimento, il quale “*ha acquisito il diritto a ottenere una decisione di annullamento del provvedimento viziato*” (virgolettato in sentenza). Unica eccezione espressa a tale regola (dunque confermativa della relativa vigenza) la previsione della citata l. n. 249/1968, secondo

cui: *“Alla convalida in corso di giudizio degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale”*.

Nel “nuovo processo amministrativo”, all’opposto, sarebbero venute meno tutte le ragioni a sostegno di tale preclusione. In particolare, l’istituto dei motivi aggiunti, permettendo di impugnare tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso, consente di contestare l’atto di convalida sia per vizi propri (perché autonomamente viziato in quanto inammissibile), sia per persistente illegittimità dell’atto convalidato.

La convalidabilità del provvedimento in corso di giudizio risulterebbe peraltro conforme ai principi di effettività e concentrazione della tutela (ex art. 7, co. 7, c.p.a.), inverte nel *“massimo ampliamento del contenuto di accertamento del giudicato amministrativo”*. Tale declinazione del principio di effettività si realizza, infatti, nelle parole del Collegio, *“facendo confluire all’interno dello stesso rapporto processuale – per quanto possibile – tutti gli aspetti della materia controversa dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita, evitando defatiganti parcellizzazioni della medesima disputa”*.

Il concetto viene ulteriormente precisato attraverso la specificazione, ormai ricorrente in giurisprudenza, che, quando l’Amministrazione conserva intatto il potere di riemanare un provvedimento con dispositivo identico a quello che risulterebbe annullato per mero difetto di motivazione – in quanto il giudicato non ha potuto accertare la spettanza del provvedimento favorevole – la combinazione di convalida e motivi aggiunti *“è in grado di accrescere le potenzialità cognitive dell’azione di annullamento consentendo di focalizzare l’accertamento, per successive approssimazioni, sull’intera vicenda di potere”*[1]. L’affermazione contiene due importanti precisazioni: (i) che la convalida di cui si tratta potrebbe essere sia spontanea (come nella specie), sia occasionata da un ‘remand’ cautelare o da una richiesta di chiarimenti del giudice e che (ii) resta esclusa da tale schema *“l’ipotesi in cui venga contestato un atto non ripetibile”*, circostanza che, come detto, non consente convalida alcuna.

La soluzione prospettata, prosegue il Collegio, coniugherebbe l’inesauribilità del potere amministrativo con il diritto di difesa, agevolando tanto il ricorrente (che otterrebbe una più rapida ed efficace verifica della sua possibilità di risultato vantaggioso *“perseguita attraverso la deduzione di un vizio strumentale come il difetto di motivazione”*), che l’amministrazione (che eviterebbe annullamenti *“del tutto ‘sovradimensionati’ rispetto alla reale consistenza dell’interesse materiale del privato, potendo dimostrare che l’insufficiente motivazione non ha alterato la fondatezza sostanziale della decisione”*).

Argomento di diritto positivo che agevolerebbe una siffatta ricostruzione viene tratto, per i procedimenti a istanza di parte, nella nuova regola di preclusione procedimentale di cui all’art. 10-bis, l. n. 241/90 come novellato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, in l. 11 settembre 2020, n. 120, che, secondo il Collegio, troverebbe applicazione anche in caso di convalida per difetto di motivazione *“per evidenti ragioni sistematiche (e per evitare facili aggiramenti)”*. La previsione che *“in caso di annullamento in giudizio del provvedimento...nell’esercitare nuovamente il suo potere l’amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall’istruttoria del provvedimento annullato”* imporrebbe infatti alla p.A. di esaminare l’affare nella sua interezza già nella fase del procedimento *“sollevando, una volta per tutte la questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati”*.

Così perimetrata, la “motivazione successiva” non comporterebbe una ‘dequotazione’ dell’obbligo motivazionale, sussistendo adeguati disincentivi alla relativa inosservanza, rintracciati dal Collegio, sul piano individuale, nelle ricadute negative sulla valutazione della performance del funzionario e, sul piano processuale, nella “possibilità” per il giudice di accollare “*in tutto o in parte*” le spese di lite all’Amministrazione che (pur non soccombente, cionondimeno) abbia con il suo comportamento dato scaturigine alla controversia.

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, la sentenza qualifica il secondo provvedimento dell’Autorità non già come l’esito di una rinnovata istruttoria e di valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine, bensì come un provvedimento diretto ad esplicitare “*con maggiore chiarezza i fatti – già acquisiti al procedimento – che a parere [dell’Autorità] escludono in radice il carattere scorretto della pratica commerciale segnalata*”. Se ne fa discendere che “sul piano tecnico-giuridico”, non è corretta la declaratoria di improcedibilità del primo atto di archiviazione operata dal primo giudice, in quanto la successiva nota dell’Autorità non avrebbe sostituito l’archiviazione originariamente disposta con un nuovo provvedimento, bensì ne avrebbe semplicemente “*integrato la motivazione, per convalidarne gli effetti*”.

Così chiarita l’ammissibilità dell’intervenuto atto di convalida, il Collegio afferma anche la legittimità dell’atto di archiviazione come convalidato, concludendo per il rigetto dell’appello.

Le spese di lite del secondo grado vengono compensate, “*in considerazione del fatto che il ricorso originario è stato inizialmente sollecitato dal difetto di motivazione dell’archiviazione*”.

La pronuncia annotata, indicando la convalida come via maestra per sanare i vizi di motivazione del provvedimento in corso di giudizio, fornisce l’occasione per riflettere sui limiti applicativi dell’istituto alla luce dell’attuale quadro normativo ed ermeneutico.

3. La convalida del provvedimento e gli altri istituti espressivi del principio di economia dei mezzi giuridici

Gli approfondimenti dottrinali sugli istituti espressivi del principio di economia dei mezzi giuridici nel diritto pubblico sono, nella dottrina più risalente, autorevoli, ma relativamente scarsi[2], specialmente se confrontati alla produzione privatistica sull’argomento. La circostanza non può che sorprendere ove si condivida che proprio nel campo del diritto pubblico sia particolarmente avvertito il bisogno che “*le energie dell’azione pubblica non vadano, entro i limiti consentiti dal sistema, disperse, là dove possono invece venire senza pregiudizio risparmiate*”[3].

L’attenzione per il tema è stata di poi ravvivata, sia in dottrina che in giurisprudenza[4], dalla valorizzazione di politiche orientate all’economicità e all’efficacia dell’azione amministrativa[5] e successivamente dalla positivizzazione dell’istituto della convalida[6]. L’esiguità del disposto dell’art. 21-*nonies*, co. 2 l. n. 241/1990 ha infatti risolto solo alcuni dei problemi posti dall’istituto, lasciando agli interpreti la soluzione di gran parte dei nodi interpretativi.

Quanto al rafforzamento del parametro della conservazione dei mezzi giuridici, già ricavabile dal comma 2 dell’art. 21-*nonies*, che, nel fare “*salva la possibilità di convalida*”, impone

all'amministrazione di saggiare l'eventualità dell'applicazione della misura conservativa prima di porsi sulla strada dell'annullamento[7], esso parrebbe confermato dalle più recenti riforme che, nel limitare variamente lo *ius penitendi* in senso caducatorio (o sospensivo), non hanno specularmente esteso tali limiti alla c.d. autotutela conservativa[8].

Vero è che, sul piano pratico, gli interventi conservativi dell'amministrazione restano numericamente inferiori rispetto a quelli caducatori, il che potrebbe aver contribuito allo sbilanciamento della produzione dottrina verso questi ultimi[9].

Nel quadro della letteratura, come sopra delineato, la questione terminologica viene trasversalmente percepita come problematica: i più evidenziano la necessità di fare ordine sul piano definitorio, evitando di usare le medesime parole per identificare fenomeni giuridici differenti[10].

Apprezzabile, in tale prospettiva, lo sforzo ricostruttivo operato dalla sentenza annotata che, nel passare in rassegna i diversi istituti riconducibili al principio di conservazione dei mezzi giuridici, ne mette in evidenza caratteri e peculiarità. La dovizia di argomenti spesi per tale inquadramento si spiega guardando alla rapidità con cui il primo giudice aveva respinto i rilievi della ricorrente sulla violazione del divieto di "motivazione postuma", con conseguente necessità di fare chiarezza sulle diverse ipotesi di integrazione della motivazione al fine di evidenziare le peculiarità di quella operata mediante un nuovo atto volto a sanare una motivazione carente. A tale scopo, prima di affrontare l'ipotesi della convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio, il Collegio si sofferma sull'istituto nei suoi caratteri generali.

Appare in particolare convincente (e utilmente semplificante) lo sforzo di ricondurre all'art. 21-*nonies* gli istituti della sanatoria e della ratifica (intesa quale atto diretto ad eliminare il vizio di incompetenza) perché entrambi ascrivibili "*al genus dei provvedimenti di secondo grado tesi ad eliminare il vizio da cui l'atto originario è inficiato*". La categorizzazione persuade meno, invece, intendendo la ratifica anche quale provvedimento che viene in rilievo in vicende di legittimazione straordinaria di un organo ad emanare un provvedimento[11]: in tali casi, infatti, il riesame concerne un atto emanato da un organo che ne è competente, sia pure in via provvisoria, sicché mancherebbe in radice il "*vizio da cui l'atto originario è inficiato*"[12].

L'utilità dell'intero *excursus* argomentativo rischia però di essere svilita dall'approccio "informale" abbracciato dal Collegio in ordine ai requisiti "strutturali" del provvedimento di convalida. Reputando superflua l'individuazione precipua del vizio da convalidare e implicitamente desumibili dal tenore complessivo del provvedimento le "*ragioni di interesse pubblico*" che la legge pone a presupposto dell'esercizio del potere e chiede di specificare, la sentenza sfuma i tratti distintivi dell'istituto, finendo con il favorire, sul piano pratico, la confusione tra la convalida e altri istituti contermini che si mirava a scongiurare sul piano teorico. Il rispetto del principio di legalità pare vieppiù imprescindibile ove si condivide che il potere di ritiro possa convincentemente essere ricostruito come autonomo rispetto al potere originario[13], con ciò che ne consegue sulla relativa invalidità se non conforme agli schemi normativi vigenti[14].

Al di là delle criticità rilevate, la dovizia argomentativa del Collegio contribuisce se non altro a profilare i caratteri della convalida per differenza rispetto all'attività processuale dei difensori della p.A. tesa a provare l'irrelevanza del vizio di motivazione dedotto in giudizio[15].

4. I vizi convalidabili e la qualificazione del vizio di motivazione

Quanto ai vizi suscettibili di convalida, la legge si riferisce al provvedimento “*annullabile*”, non già a quello nullo o meramente irregolare.

La dottrina prevalente^[16], facendo leva vuoi sull’argomento letterale, vuoi sull’insussistenza in tali casi di un interesse pubblico alla convalida^[17], converge nel ritenere non convalidabili i provvedimenti “*non annullabili*” ex art. 21-*octies*co. 2. Benché l’opinione maggioritaria sia dunque nel senso che il margine di operatività dell’istituto sarebbe ridotto (benché non eliso) per effetto dell’entrata in vigore dell’art. 21-*octies*, co. 2 l. n. 241/1990, la pronuncia annotata si muove in direzione opposta, includendo espressamente tra i vizi convalidabili quelli “non invalidanti” ^[18].

Sotto altro (ben più decisivo) profilo, la sentenza si allinea invece all’interpretazione assolutamente prevalente, includendo tra i vizi convalidabili solo quelli relativi agli elementi formali o procedurali^[19] e non già i vizi sostanziali^[20]. Peraltro, la circostanza che il Consiglio di Stato adduca a suffragio dell’inammissibilità della convalida per i vizi sostanziali quanto recentemente precisato dall’Adunanza plenaria (sia pure nel diverso ambito della c.d. fiscalizzazione dell’abuso edilizio^[21]), potrebbe segnare una battuta di arresto al minoritario filone giurisprudenziale, specialmente di primo grado, che stava aprendo alla convalida anche per i vizi sostanziali, facendo leva sull’assenza di un espresso divieto legislativo in tal senso^[22].

In tale quadro, il tema della convalida del vizio di motivazione merita, però, un trattamento particolare.

La dottrina tradizionale ammetteva la convalidabilità del vizio di motivazione^[23] assumendo la relativa ascrivibilità ai vizi formali, invero da tempo discussa quanto meno nei casi in cui il vizio di motivazione fosse il “*sintomo di una imperfezione del processo di formazione di volontà*” e, dunque, spia di un vizio sostanziale^[24].

Soccorrono in proposito i determinanti approfondimenti dedicati all’istituto della motivazione del provvedimento^[25] che, pur muovendo dalla multidimensionalità del vizio per lo stretto legame tra motivazione enunciativa e sindacato giurisdizionale d’eccesso di potere^[26] e dunque dallo stretto rapporto che avvince la teoria della motivazione e quella dell’eccesso di potere^[27], hanno abbracciato traiettorie differenti.

In un primo senso, verso la “diluizione” del vizio di motivazione in quello di eccesso di potere, si è mossa la visione “sostanzialistica”, compendiata nell’affermazione gianniniana che “*conta ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare*”^[28]. La nota impostazione, proposta come reazione all’aperto formalismo che caratterizzava l’approccio tradizionale al vizio in parola^[29], scaturiva da una valorizzazione dalle nuove potenzialità del giudizio amministrativo che avrebbero consentito al giudice di non arrestarsi al dato “formale” del vizio di motivazione, permettendogli di ricavare l’iter logico-argomentativo seguito dalla p.A. dall’esame del *dossier* procedimentale e verificare la bontà sostanziale della decisione.

Diversa traiettoria è stata seguita da quella dottrina che, liberando la motivazione da ogni concezione “psicologica” e valorizzandola come segno formale, la ha qualificata come “discorso giustificativo”^[30] rivolto non solo al destinatario della decisione e al giudice, bensì anche, seppur mediatamente, a una tribuna di opinione pubblica davanti alla quale la stessa motivazione è chiamata a dissipare le apparenze arbitrarie ed illogiche dell’atto autoritativo^[31].

Con l’avvento dell’art. 3 l. n. 241/1990, la motivazione è descritta come elemento formale, un’esternazione, un segno linguistico avente determinate caratteristiche^[32].

In tale rinnovato quadro, gli interpreti si sono fatti carico del carattere “polifunzionale” della motivazione^[33] (polifunzionalità che si spiega alla luce della molteplicità dei potenziali destinatari della motivazione del provvedimento^[34]) e, nel ricercare la funzione principale o prevalente della stessa, l’hanno variamente rintracciata, a seconda delle interpretazioni^[35], in principi e valori accomunati dalla relativa autonomia rispetto al “bene finale” rappresentato dalla pretesa collegata all’emanazione del provvedimento^[36].

Sulla scorta di queste premesse può essere maggiormente compresa anche l’evoluzione giurisprudenziale sulla natura della motivazione e sui riflessi della violazione dell’art. 3 l. n. 241 sulla validità del provvedimento.

La motivazione del provvedimento amministrativo può essere alternativamente ricostruita come: 1) elemento avente rilevanza formale o procedimentale; 2) elemento sostanziale; 3) elemento essenziale del provvedimento.

L’adesione alla prima ricostruzione implicherebbe, ai sensi dell’art. 21-*octies*, co. 2, primo alinea, che il provvedimento vincolato privo o carente di motivazione non sarebbe suscettibile di annullamento quando sia palese che, anche in assenza del vizio, il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso. Le pronunce giurisprudenziali che aderiscono a tale tesi (ammettendo, a tale stregua, scritti difensivi diretti a integrare la motivazione del provvedimento *sub iudice*) fanno perno sulla notazione ricorrente che l’annullamento dell’atto per vizio di motivazione si tradurrebbe in una “vittoria di Pirro” per il ricorrente, esponendolo all’emanazione di un provvedimento di identico contenuto, ma motivato in modo più adeguato^[37] e che l’illustrazione, in giudizio, dell’inconfigurabilità di contenuti dispositivi alternativi non costituirebbe un’indebita integrazione postuma della motivazione, rappresentando un’applicazione dell’art. 21-*octies*, co. 2. Siffatte ricostruzioni trovano oggi un importante ostacolo nella posizione assunta dalla Corte costituzionale nel 2015 e ribadita nel 2017, quando, investita (in entrambe le occasioni) dalla Corte dei conti della questione di legittimità dell’art. 21-*octies*, co. 2 l. n. 241 per la parte in cui consentirebbe un’integrazione postuma della motivazione, con riferimento agli art. 3, 97, 24, 113 e 117 Cost., l’ha dichiarata inammissibile, richiamando l’interpretazione costituzionalmente conforme sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa secondo la quale “*il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma*”^[38], costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto “*il fondamento, il baricentro e l’essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo*”.

Al polo opposto si pongono le interpretazioni che configurano la motivazione come elemento essenziale del provvedimento^[39]. Benché non manchino, in giurisprudenza,

incidentalmente affermazioni della ascrivibilità della “*assenza del dispositivo o della motivazione*” alla categoria della nullità[40], non risultano pronunce che ne abbiano disposto, in concreto, la declaratoria.

Ora, ove si acceda alla conclusione che il vizio di motivazione non possa più essere ricostruito alla stregua di un vizio formale o procedimentale sanabile ai sensi dell’art. 21-*octies*, co. 2 l. n. 241/1990[41], c’è da chiedersi quali ricadute si producano sulla convalidabilità del vizio in questione.

Per la tesi implicitamente abbracciata dalla pronuncia in commento, nessuna.

La posizione è logicamente ineccepibile ove si condivida che altro è la convalida (i.e. il provvedimento amministrativo di secondo grado che scaturisce dalla scelta di fare salvi gli effetti di un provvedimento viziato nella motivazione) altro è il meccanismo processuale che consente di far emergere la necessarietà del contenuto dell’atto viziato nella motivazione vista la vincolatezza della fattispecie. Del resto, l’affermazione che il provvedimento vincolato viziato nella motivazione non è “non annullabile” conduce, attraverso una doppia negazione, all’affermazione della ricorrenza del primo presupposto per procedere alla convalida: la presenza di un vizio suscettibile di annullamento.

Diverse conclusioni si raggiungono, tuttavia, ove dalla riferita giurisprudenza si ricavi che il vizio della motivazione si qualifichi sempre come vizio sostanziale. Ne discenderebbe un imponente ostacolo all’ammissibilità della convalida. Tale preclusione supererebbe peraltro la (invero malsicura) scomposizione del vizio di motivazione tra meramente formale e sostanziale operata dalla sentenza[42], in quanto l’esigenza di preservare la motivazione quale “*essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo*” precluderebbe all’amministrazione di reintervenire, sia pure al solo fine di “*tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedurali*”.

Una conclusione di tale rigidità potrebbe però tradire la stessa funzione della motivazione.

Se infatti si riconosca, con le posizioni più avanzate sulla garanzia dell’obbligo di motivazione, che la pretesa alla decisione motivata abbia un fondamento autonomo rispetto alla pretesa principale collegata all’emanazione del provvedimento (da ricercarsi nei “valori” della conoscibilità, della trasparenza, della assunzione della responsabilità dei propri atti ad opera della p.A., nel suo ruolo di essenza della funzione amministrativa), tanto dal dover essere assicurata anche quando il contenuto di quest’ultimo non avrebbe potuto essere diverso per la sua vincolatezza, sarebbe controproducente precludere all’amministrazione di rimediare al vizio, conformandosi a detti valori. Ciò vale a maggior ragione ove si aderisca alle posizioni che riconoscono alla motivazione un ruolo non meramente “difensivo” bensì “pubblicitario” e comunque extra-procedimentale.

La conclusione non lascia spazio per riservare trattamenti differenziati ai casi in cui la convalida incida su un provvedimento *sub iudice* rispetto a quelli di provvedimento non contestato nei termini e non contrastante con gli interessi di alcuno degli amministrati[43]. Si incorrerebbe infatti nell’antica obiezione che o si ammette, o si nega, l’ammissibilità della convalida da parte degli organi amministrativi dei propri atti viziati, mentre, una volta accolta la soluzione affermativa, sarebbe contraddittorio “*fermarsi a mezza via*”, e sostenere che la proposizione del ricorso, la sua notifica, possa impedire alla amministrazione l’esercizio di questa sua potestà[44].

Le ragioni di un eventuale regime differenziato andrebbero, pertanto, ricercate altrove.

5. *In cauda venenum*: la convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio

Gli sforzi interpretativi diretti a limitare la convalida in corso di giudizio dimostrano che qui si collocano le maggiori criticità dell'istituto.

In termini generali, a fronte di una tradizionale chiusura alla convalidabilità in corso di giudizio di qualsivoglia vizio del provvedimento, fondata sulla necessità di preservare il “*diritto del privato a valersi dei vizi che inficiano l'atto amministrativo*”^[45] nell'ottica di un processo eminentemente impugnatorio, si è registrata una apertura alla convalidabilità, dapprima, del solo vizio di incompetenza relativa (espressamente ammessa dal citato art. 6, l. n. 249/1968) e poi anche di vizi diversi, in concomitanza con l'evoluzione delle regole processuali e sostanziali.

La nuova struttura del processo amministrativo, che affida ai motivi aggiunti l'impugnativa dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti (peraltro oggi presupponendo che il potere conferito al difensore per proporre ricorso comprenda anche quello a promuovere tale ulteriore impugnativa ex art 24 c.p.a.), ha definitivamente avallato l'ampliamento dell'oggetto del giudizio “al futuro”, ammettendo che nel processo confluiscono, di regola, tutti gli atti espressivi della stessa vicenda di potere^[46].

Del resto, la facoltà della p.A. di reintervenire sul rapporto *sub iudice* è tradizionalmente ammessa non solo e non tanto in ragione del carattere pacificamente non sospensivo della proposizione del ricorso, quanto soprattutto in considerazione del fatto che l'Amministrazione conservi possibilità di intervento anche all'indomani del giudicato, pur nei limiti delineati da quest'ultimo^[47].

Certo è che sulla scorta dello strumentario processuale sopra citato, è stato facile gioco per gli interpreti negare l'esistenza di un principio che imponesse di “paralizzare” i poteri dell'amministrazione in dipendenza dell'esercizio da parte dei cittadini dei rimedi di tutela contro precedenti provvedimenti e, per tale via, ammettere una “motivazione successiva”^[48] che consentisse al giudice un pieno sindacato della controversia nell'ottica della valorizzazione del giudizio amministrativo come giudizio di spettanza^[49].

In tale quadro, i tentativi dottrinali di rivisitare i caratteri della convalida in generale^[50] e di quella incidente sul vizio di motivazione in particolare^[51], hanno posto mente alla necessità di favorire il “ravvedimento operoso” della p.A. anche in corso di processo, ma sempre sforzandosi di bilanciare i contrapposti interessi del ricorrente, ad esempio, attraverso la negazione della retroattività della convalida^[52].

L'entrata in vigore dell'art. 21-*nonies*, co. 2 l. n. 241/1990 non ha, come visto, sopito il dibattito, contribuendo anzi ad alimentarlo vista la esiguità del dettato legislativo e la concomitante entrata in vigore del meccanismo non invalidante di cui all'art. 21-*octies*.

Nell'ambito del nutrito filone “aperturista” che ne è seguito, plaudito da parte della dottrina^[53] e criticato da altra^[54], solo parte della giurisprudenza ha precisato che la

possibilità di intervenire per integrare una motivazione insufficiente dovesse essere riservata all'amministrazione e che non fosse possibile consentirla agli atti difensivi nella sede processuale^[55].

La precisazione è di non poco momento ove si consideri che l'intervento emendativo del vizio attraverso un provvedimento dell'amministrazione resistente piuttosto che attraverso gli scritti dei suoi difensori ha il pregio di mantenere saldo il riparto di responsabilità, nel rispetto dell'art. 28 Cost., nonché l'autonomia dell'amministrazione di *“assumere l'ordinaria competenza di amministrare”* ex art. 118, co. 1 Cost.. Vero è che ciò non elimina il rischio, paventato in dottrina *“che le “ragioni postume” della scelta siano dettate da esigenze defensionali e dal tentativo di giustificare la decisione impugnata con attività riferibili alla p.a. come parte resistente nel processo”*^[56] e il rischio è vieppiù elevato quando le “giustificazioni” della decisione impugnata siano filtrate dalla difesa e dal “gioco delle parti” imposto dalle regole interne al processo.

6. Digressioni alla luce della giurisprudenza successiva

La pronuncia in commento ha già ricevuto un certo seguito in giurisprudenza.

La sentenza annotata avvalorata, anzitutto, la tesi dell'inammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione operata attraverso gli scritti difensivi e proprio in tale prospettiva è stata richiamata dal TRGA di Trento, investito della legittimità di un provvedimento di revoca del permesso di soggiorno corredato da una motivazione superficiale e stereotipa, poi dettagliata e integrata con memoria dall'amministrazione resistente. Il Collegio ha disposto l'annullamento del provvedimento impugnato precisando che il divieto di integrazione postuma della motivazione troverebbe fondamento, *inter alia*, nell'istituto disciplinato dall'art. 21-*nonies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, *“da interpretare nel senso che, in presenza di un provvedimento discrezionale che risulti viziato per carenza di motivazione, l'impugnazione di tale provvedimento non preclude all'Amministrazione intimata la possibilità di agire in autotutela, convalidandolo”*^[57].

In questa prospettiva, la sentenza n. 3385/2021 concorre ad arginare una pratica criticabile per tutte le ragioni viste *supra*.

Per altro verso, i canoni interpretativi applicati dal Consiglio di Stato sono stati ampiamente ripercorsi per valutare gli effetti del nuovo esercizio del potere conseguente al *remand* cautelare in un processo diretto all'ottenimento dell'autorizzazione inizialmente negata dall'amministrazione^[58].

Il TAR del Lazio^[59], nel vagliare i motivi aggiunti con cui si contestava la legittimità del provvedimento con cui l'Ente parco, chiamato in via cautelare a riesaminare *“avuto riguardo, in particolare, alla censura tesa a valorizzare il deficit motivazionale”* il diniego di autorizzazione all'installazione di antenne telefoniche opposto alla ricorrente, confermava il diniego originario, ha ritenuto che tale nuovo provvedimento non determinasse l'improcedibilità del ricorso introduttivo, proprio alla stregua delle argomentazioni utilizzate dalla sentenza n. 3385/2021. Merita precisare che il nuovo provvedimento interveniva *“in dichiarata esecuzione”* del comando cautelare e che il Collegio vi riconosceva i connotati della convalida^[60]. Il TAR ne fa discendere, ripercorrendo l'insegnamento della sentenza

annotata, che l'integrazione della motivazione del diniego originario a opera del secondo atto *“non costituisca[e] l'esito di una rinnovata istruttoria e di valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine”*, essendosi l'amministrazione limitata a esplicitare *‘con maggiore chiarezza’* i fatti, già acquisiti al procedimento, idonei a fondare il diniego di nulla osta”, ciò che attribuisce al provvedimento sopravvenuto la natura di atto di convalida, con conseguente necessità di verificare *“la legittimità del diniego ‘come convalidato’*”, senza potersi dichiarare l'improcedibilità del ricorso introduttivo.

Senza poter affrontare compiutamente in questa sede il delicato tema del rapporto tra pronunce cautelari *“atipiche”* e nuovo esercizio del potere[61], preme segnalare la sentenza del TAR capitolino per aver qualificato il provvedimento esecutivo dell'ordine cautelare alla stregua di una convalida e per aver negato, per tale via, l'improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenza di interesse, difettando *“una rinnovata istruttoria e di valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine”*. La decisione si pone in netta discontinuità con l'orientamento giurisprudenziale che riconosce sempre al provvedimento assunto a valle del *remand* l'effetto di determinare la sopravvenuta carenza di interesse alla coltivazione del ricorso originario[62], e ciò sulla scorta della configurazione dell'ordinanza propulsiva quale strumento che rimette in mano alla p.A il potere decisionale iniziale, senza pregiudicare il risultato finale[63].

Al contempo, la decisione pare allontanarsi pure dal filone interpretativo che ha guardato al grado di intensità del contenuto ordinatorio della pronuncia per stabilire se la relativa esecuzione determinasse o meno improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso originario[64]. Invero, nell'ambito di questo filone, il provvedimento meramente esecutivo della misura cautelare era considerato inidoneo a determinare la sopravvenuta carenza di interesse e suscettibile di essere automaticamente caducato (insieme alla misura cautelare) dalla eventuale decisione di merito contraria. Vero è che la distinzione che riposa sull'intensità del contenuto ordinatorio è di ardua applicazione pratica, specialmente a fronte di ordinanze propulsive[65], e che l'atteggiamento prudentiale che connota le difese in giudizio ha dato luogo a una impugnazione generalizzata dei provvedimenti non soddisfattivi assunti *“su riesame”*, ma resta il fatto che il connubio tra il carattere meramente esecutivo del provvedimento assunto a valle dell'ordine cautelare e l'assenza di un'autonoma istruttoria deporrebbe, nel quadro interpretativo descritto, per il relativo carattere non autonomamente impugnabile[66].

Corre l'obbligo di interrogarsi sui riflessi sulla dinamica del processo generati dalla configurazione del provvedimento assunto su ordine cautelare come una convalida.

Il fatto che il nuovo provvedimento *“si saldi”* con quello originariamente assunto, senza dare luogo a una rinnovata istruttoria e a valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine e senza far venir meno l'interesse al giudizio diretto a contestare il provvedimento convalidato, potrebbe consentire al ricorrente di evitare di impugnare la convalida ritenuta non soddisfattiva così evitando gli oneri economici connessi?

Non sembra che le logiche del processo di tipo soggettivo, basato sul principio dispositivo, consentano di evitare l'intercessione della domanda di parte per dare ingresso nel processo alla questione della legittimità di nuovi provvedimenti[67]. Se tale domanda, però, debba fare ingresso nel processo nelle forme tradizionali è questione su cui vale la pena soffermarsi per

esaminare compiutamente le conseguenze pratiche che discendono dall'adesione all'orientamento inaugurato dalla sentenza annotata.

7. Considerazioni conclusive sui limiti all'applicabilità della logica di giudizio "sul rapporto" al processo incentrato sull'atto

La sentenza della Sesta Sezione affronta varie questioni di rilievo al fine di concentrare nelle mani della p.A. il potere di sanare il vizio di motivazione, anche in corso di giudizio. La sentenza prospetta alcune soluzioni, di cui sottolinea essere fondamento l'impianto del "nuovo processo amministrativo", in contrapposizione al "modello processuale amministrativo primigenio". Traspare così l'intenzione di determinare un indirizzo giurisprudenziale autorevole (già ampiamente seguito, come illustrato *supra*) che faccia della convalida la via maestra per sanare i vizi della motivazione in corso di giudizio, ponendo così rimedio alla estrema varietà di posizioni espresse in argomento. L'attenzione riservata a soluzioni come quella affermata dalla sentenza annotata non vuole, però, significare che il dibattito debba ritenersi esaurito.

Assegnare all'amministrazione cui va imputata un'illegittimità di indubbia gravità come quella di aver assunto un provvedimento viziato nella motivazione l'ulteriore vantaggio di estendere il giudizio, sia in termini di ampliamento del *thema decidendum*, sia in quelli di imposizione al ricorrente di ulteriori attività processuali, può tradursi in un ingiusto pregiudizio per quest'ultimo.

L'argomento della "focalizzazione dell'accertamento" per successive approssimazioni, declamato dal filone interpretativo in cui si inserisce la pronuncia annotata, si attaglia poi con difficoltà al processo su provvedimenti ablatori. La sensazione che la ricostruzione del Collegio abbia guardato specialmente ai giudizi su interessi legittimi pretensivi sembra peraltro confermata dal passaggio in cui, nell'argomentare dell'esigenza di estendere il contenuto di accertamento del giudicato amministrativo quale postulato dei principi di effettività e concentrazione della tutela ex art. 7, co. 7 c.p.a., invoca, peraltro in modo equivoco^[68], la preclusione procedimentale che discende dalla nuova formulazione dell'art. 10-*bis*, pacificamente applicabile ai soli procedimenti a istanza di parte.

Alla luce del ruolo proprio della motivazione, come sopra ricostruito, la denuncia del suo difetto in un giudizio rivolto alla caducazione del provvedimento impugnato non può essere sbrigativamente qualificato, come fa la Sezione, alla stregua di un "vizio strumentale". Ciò a maggior ragione ove si consideri che la riedizione del potere a seguito dell'annullamento del provvedimento (in via di autotutela o giurisdizionale) potrebbe dare luogo a esiti procedurali diversi, dimostrando che l'annullamento sarebbe tutt'altro che "sovradimensionato"^[69].

Nell'attuale configurazione del processo amministrativo, la parte ricorrente sembra aver guadagnato il ruolo di migliore interprete del proprio interesse^[70], sicché, a fronte della geometria variabile che connota il processo amministrativo permeato sull'atipicità delle azioni e sul principio della domanda, ragionare di 'tutela sostanziale' e di 'tutela effettiva' per respingere azioni meramente caducatorie può risultare paradossale. In ultima analisi, la proposizione da parte del ricorrente della sola azione caducatoria, o la proposizione di

un'azione di adempimento accanto a quella di annullamento, costituiscono la legittima applicazione del principio dispositivo e attivano in modo non eguale la competenza del giudice con riferimento alla risposta che dalla sua decisione deriva e si trasferisce nella definizione del rapporto[71].

Anche non volendo accedere a una modulazione della ammissibilità della convalida del provvedimento viziato nella motivazione in corso di giudizio a seconda della pretesa azionata[72], resta il fatto che la pronuncia in commento sembra prospettare argini deboli al potere di convalida, trascurando il principio essenziale per cui nello stato di diritto l'amministrazione entra in giudizio come parte e non come autorità[73].

Debole pare, in particolare, escludere la convalida nelle sole ipotesi in cui l'esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio. Se infatti è indubbiamente condivisibile che l'atto "non ripetibile" debba ritenersi insuscettibile di convalida, è anche noto che la giurisprudenza è estremamente restrittiva nell'individuazione delle ipotesi in cui il decorso del termine per concludere il procedimento consumi il potere[74], arrivando financo a smentire la perentorietà di termini definiti come perentori dalla legge stessa[75]. E' significativo che il legislatore abbia dovuto esplicitamente rimarcare che il provvedimento di diniego di un'istanza dopo la formazione del silenzio assenso è inefficace[76]. specularmente risulta assai esiguo lo spazio riconosciuto alla convalida con efficacia *ex nunc* (equivalente, nella prospettiva del Collegio, a una rinnovazione[77]) limitata appunto ai soli casi di convalida su provvedimenti non ripetibili[78], con conseguente ostacolo al riconoscimento dell'ingiustizia del danno che costituisce necessario presupposto della tutela risarcitoria. L'ammissione della convalida del provvedimento viziato nella motivazione in corso di giudizio dovrebbe quantomeno essere bilanciata dalla ristorabilità del danno provocato dalla condotta scorretta dell'amministrazione, la quale, nell'emanare un atto legittimo, abbia ciononostante violato una regola comportamentale.

A tali considerazioni di carattere sistematico non possono non aggiungersi alcune notazioni di carattere pratico. Anche ove la riferita progressiva "focalizzazione dell'accertamento" attraverso la combinazione tra convalida e motivi aggiunti rappresenti effettivamente una preziosa risorsa per accrescere la portata conformativa della decisione del giudice amministrativo[79], essa non è senza costi per il ricorrente[80].

Ogni provvedimento che venga assunto a giudizio già instaurato dall'amministrazione resistente (spontaneamente o "*inssu iudicis*", a seguito di *remand* o di richiesta istruttoria) pertanto, pur rispettando il giusto riparto delle responsabilità, genera una sopravvenienza provvedimentale che pone il ricorrente innanzi all'annosa questione sul se e come rimodulare la propria contestazione, sobbarcandosene i relativi costi. Vero è che ciascuna di queste sopravvenienze provvedimentali concorre ad esaurire la discrezionalità dell'amministrazione[81], consentendo di giungere all'accertamento della spettanza del bene della vita, ma, nel farlo, si innesta in un processo ancora di carattere prevalentemente impugnatorio e deve fare i conti con le regole che lo governano[82].

A ciò si aggiunga che ammettere che la p.A. sani in corso di giudizio i vizi di provvedimenti precedentemente assunti significa consentirle di risultare vittoriosa di un processo generato dal suo agire *contra legem*. Il punto non pare risolto dalla sentenza commentata, che si limita a consentire al giudice di accollare "*in tutto o in parte*" le spese di lite all'Amministrazione, che pur non soccombente, cionondimeno abbia con il suo comportamento dato scaturigine alla

controversia. Si tratta di una mera “possibilità” che peraltro, nella specie, ha dato luogo a una mera compensazione^[83].

La considerazione dei costi sostenuti dal ricorrente non può essere trascurata in un processo permeato sul principio di effettività. A nulla servirebbe, del resto, architettare soluzioni processuali raffinate per conseguire una pronuncia “di spettanza” se poi, nel concreto, l’alternanza provvedimento-processuale per giungervi si riveli eccessivamente onerosa per il ricorrente^[84].

Con le considerazioni e digressioni che precedono si è inteso evidenziare che le questioni lasciate aperte dall’istituto della convalida sono ancora molte. C’è da sperare che l’attenzione riservata dalla sentenza annotata alla convalida del vizio di motivazione, rendendo ancora più evidenti i limiti di certe soluzioni, faccia riflettere più seriamente sulla necessità di interventi profondi.

[1] La formula, ormai ricorrente, esprime la tendenza a valorizzare la combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l’atto di riesercizio del potere quale strumento per focalizzare l’accertamento, per successive approssimazioni, sull’intera vicenda di potere; tendenza che, come recentemente ricordato, affonda le sue radici in una fase che precede l’entrata in vigore del c.p.a. e principia con il rinnovato assetto delle relazioni tra amministrati e p.A. inaugurato dalla l. n. 241/1990 (F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro* (intervento al convegno «Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro», Parma, 4 ottobre 2019), in *Il processo*, n. 3/2019, 587 ss.).

[2] Cfr. P. Ravà, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937. Per temi affini anche P. Bodda, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milano, 1935; R. Lucifredi, *Inammissibilità di un esercizio “ex post della funzione consultiva”*, in *Scritti per Vacchelli*, Milano, 1937, 283 ss. e più tardi Le. Mazzaroli, *Gli atti amministrativi di conferma*, I, Padova, 1964. Fra le voci enciclopediche, v. G. Santaniello, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 503 ss.; E. Cannada Bartoli, *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 856 ss.; L. Mazzaroli, *Convalida (Il Diritto Amministrativo)*, voce dell’Enc. giur., Roma, IX, 1988, 2; G. Ghetti, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.* III, Torino, 1989, 347.

[3] A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, consultato nella ristampa inalterata del 1964, qui 351.

[4] Si veda, in particolare, la molto commentata TAR Lazio, Sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, in *Foro amm. Tar*, 2002, 511 ss., con nota di D.U. Galetta, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 641 ss., con nota di V. Cerulli Irelli, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, e in *Urb. e app.*, 2002, 935 ss., con nota di L. Tarantino, *Wittgenstein, Mortati e l’integrazione della motivazione in giudizio*. Di poco successivo il contributo di G. Tropea, *La c.d. motivazione “successiva” tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 3, 2003, 531 ss..

[5] E’ affermazione ricorrente anche in giurisprudenza che il parametro della conservazione dei valori giuridici tenda a rafforzarsi e ad assumere sempre maggiore consistenza in rapporto alle regole dell’economicità e dell’efficacia dell’azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000, n. 665, in *Cons. Stato*, 2000, I, 236 citata in G. Tropea, *op. cit.* 531). Sul tema più generale della declinazione del buon andamento come principio diretto a conseguire una c.d. “amministrazione di risultati” v. F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d’infalibilità dell’amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303; A. Romano Tassone, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, 813 ss.; R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell’era della globalizzazione*, Bari, 2002; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 131 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; L.R. Perfetti (a cura di), *La riforma della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, Padova, 2008.

[6] Tra i commentari all’art. 21-nonies, co. 2 l. n. 241/1990 come inserito con l. n. 15/2005 v. A.G. Pietrosanti, *La convalida del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Principi e regole dell’azione amministrativa*, 3 ed. Milano, 2020, 501 ss.; F. Costantino, *La convalida del provvedimento*, in A. Romano (a cura di) *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 897 ss.. In argomento si vedano R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2 ed., Milano, 2017, 691 ss. nonché G. Pepe, *Atti giuridici e principio di conservazione*, in *Amministrativamente.com* 1-2, 2015.

[7] In tal senso E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 547; R. Villata, M. Ramajoli, cit., spec. 691 ove gli Aa. rilevano che risulta arduo, in concreto, individuare il punto di confine varcato il quale l'amministrazione deve passare dal riesame conservativo a quello eliminatorio e che i provvedimenti ad esito conservativo risultano ben più rari di quelli di annullamento (692).

[8] Il riferimento va all'art. 21 *nonies*, co. 1 nella formulazione risultante dalla c.d. riforma Madia (l. n. 124 del 2015), che, nel dare prevalenza alle esigenze di stabilità dei titoli rispetto al ripristino della legalità, fissa a 18 mesi (oggi 12, cfr. art. 63 d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. nella l. n. 108 del 29 luglio su cui v. M.A. Sandulli, *Addenda 31 agosto 2021 al volume "Principi e regole dell'azione amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 3ed, 2020, in questa Rivista, 29 2021) il "termine ragionevole" entro cui l'amministrazione può esercitare il proprio *ius penitendi* in senso caducatorio (o sospensivo) su provvedimenti illegittimi attributivi di vantaggi economici, senza specularmente estendere tale limite alla convalida. Si deve invece a un intervento riformatore di poco precedente alla riforma Madia (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. nella l. 11 novembre 2014, n. 164) la perimetrazione dell'ambito applicativo dell'annullamento d'ufficio nel senso di escluderne gli atti non annullabili ex art. 21-*octies*, esclusione che non si ritrova, specularmente, nella convalida.

E' evidente che in tanto può parlarsi di rafforzamento del parametro della conservazione dei mezzi giuridici in quanto si ravvede nell'inapplicabilità dei limiti menzionati all'autotutela conservativa il frutto di una precipua scelta legislativa (ex multis S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, Id. *Autotutela amministrativa 2. Gli istituti*, in Treccani online 2019).

[9] Oltre alla dottrina citata nelle note precedenti, v. F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 539 ss.; G. Corso, *Autotutela (dir. amm.)*, in S. Cassese, (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006. Più di recente F. Francario, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in A. Contieri, F. Francario, M.

Immordino, A. Zito (a cura di) *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, II, 107 ss.. Tra i contributi monografici v. M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca. Gli interessi sopravvenuti al procedimento*, Napoli, 1990.

[10] Così già P. Ravà, *La convalida*, cit. 74 che, proprio al fine di scongiurare la "pericolosa confusione di concetti e principi" insita nell'utilizzo del termine "conferma", ne propone una sostituzione con quello di "convalida" che, anche per le sue radici romanistiche, pareva il più idoneo a qualificare "un provvedimento che ne fa convallescere uno precedente viziato". Così anche L. Mazzaroli, *Convalida*, cit., 2.

[11] Questa la migliore definizione di ratifica per R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, 703 ss. ché, altrimenti, sarebbe da ricondurre alla convalida. Non mancano letture che collegano la ratifica al vizio di incompetenza (di recente Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6199), mente altra parte della giurisprudenza ha affermato che "l'istituto della ratifica ricorre allorché sussista una legittimazione straordinaria di un organo ad emanare a titolo provvisorio e in una situazione d'urgenza un provvedimento che rientra nella competenza di un altro organo il quale, ratificando, lo fa proprio" (Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5834).

[12] Per l'affermazione che "la ratifica non presuppone necessariamente un atto invalido", ex multis G. Santaniello, cit. 503. *Contra* B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 410 ss., che muove dalla premessa abbracciata in sentenza che l'atto emanato in forza di una legittimazione straordinaria sia illegittimo per incompetenza (spec. 408).

[13] Così M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018 spec. 205 ss. che, con l'obiettivo di dimostrare l'estraneità degli atti di riesame (annullamento, revoca, convalida, riforma, conferma, etc.) alla logica dell'inesauribilità del potere, ha argomentato la relativa riconducibilità a un potere autonomo sulla scorta dell'analisi del diritto positivo. Per un ulteriore appiglio normativo può oggi evocarsi il co. 8-*bis* dell'art. 2 l. n. 241/1990 inserito dal d.l. 76/2020, conv. nella l. n. 120/2020 che, nel sancire l'inefficacia del provvedimento di diniego espresso emanato a valle del decorso del termine per la formazione del silenzio assenso, tiene fermo quanto previsto dall'art. 21-*nonies* ove ne ricorrono i presupposti e le condizioni.

[14] M. Trimarchi, *op. cit.*, 205-206.

[15] La precisazione è benefica in quanto anche in tale specifico ambito si riscontrava, specialmente in passato, una notevole confusione terminologica. Emblematica, tra le molte, TAR Molise, 29 gennaio 2003, n. 41, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 227, ove si legge che la nuova struttura del giudizio amministrativo (che non s'incrina più sull'atto) "ha definitivamente legittimato anche la prassi dell'integrazione o convalida postuma del provvedimento in pendenza di giudizio". Con specifico riferimento alla confusione terminologica che investe i provvedimenti diretti a sanare il vizio di motivazione ad es., V. Cerulli Irelli, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, cit., 641 ss., rilevava che "una certa confusione si riscontra nel dibattito, laddove a volte non si distingue l'integrazione della motivazione mediante scritti difensivi presentati nel corso del giudizio, dall'integrazione della motivazione apportata dalla stessa amministrazione autrice del provvedimento impugnato mediante convalida di questo, cioè mediante successivo provvedimento

emanato in corso di giudizio". Particolarmente utile sembra, in tale quadro, la perimetrazione della nozione di "integrazione postuma della motivazione" ai soli casi in cui l'Amministrazione deduce, nell'ambito del processo (tramite i propri difensori o tramite la produzione di atti endoprocedimentali), ragioni non sufficientemente articolate e rappresentate nel provvedimento impugnato, allo scopo di integrarne la motivazione, fermo restando il dispositivo provvedimento (M.A. Sandulli, *Rilevanza e trasparenza dei motivi nel procedimento e nel processo*, in Aa.Vv., *Atti del Convegno di Brescia del 18-19 ottobre 1991*, Roma, 1995, 8). La nozione, così delimitata, pare preferibile anche rispetto a ulteriori declinazioni e specificazioni terminologiche del concetto (così ad es., per la distinzione tra integrazione della motivazione, motivazione postuma e motivazione successiva v. G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2013, 837 ss., qui 858).

[16] Che lo spazio riservato alla convalida risulterebbe sensibilmente ristretto dall'art. 21-octies è sostenuto da vari autori (ex multis R. Villata, M. Ramajoli, op. cit., 696; V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90*, in www.giustamm.it). In punto è stato precisato (G. Mannucci, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2011, 201 ss.) che i dei margini di residua operatività della convalida dei vizi formali vadano verificati caso per caso e dunque che, se indubbiamente non sia convalidabile "un provvedimento adottato in violazione di una norma formale, la quale si rivela neutra rispetto al suo contenuto" (219), specularmente non sussistono ostacoli alla convalida in casi, estranei alla sfera di incidenza dell'art. 21-octies, co. 2, in cui la violazione formale incorra in "fattispecie in cui l'effetto del provvedimento è dipendente da una valutazione discrezionale" (224).

[17] D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, p. 433, ripreso da G. Mannucci, *Della convalida*, cit. 216-217 che evidenzia come l'argomento che esclude l'interesse pubblico vale sia che si acceda alla tesi secondo la convalida sia funzionale a evitare le possibili conseguenze negative della illegittimità dell'atto, sia che la si fondi su di un interesse pubblico ulteriore rispetto a quello al mantenimento dei valori giuridici.

[18] Sul presupposto che la regola ivi sancita opererebbe solamente sul piano processuale e che l'utilità giuridica conseguita dalla p.A. in tali casi consisterebbe "al più soltanto in una maggiore certezza e stabilità del rapporto amministrativo".

[19] Si riportano tradizionalmente gli esempi dei vizi formali e procedurali dell'insufficienza del *quorum*, dell'irrituale convocazione dell'organo collegiale, dell'omissione degli accertamenti preliminari necessari o ancora, per chi acceda alla convalidabilità anche dei vizi "di contenuto", l'esempio dell'inserzione di una condizione illegittima (A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 709).

[20] Sulla convalidabilità del provvedimento nei soli casi di vizio formale o procedimentale v. R. Villata, *L'atto amministrativo*, cit., 1597; E. Casetta, *Manuale*, cit., 518; G. Santaniello, *Convalida*, cit., 505; L. Mazzaroli, *Convalida*, cit., 2; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 837.

[21] Investita della corretta esegesi dell'art. 38 TUED, nella parte in cui consente la corresponsione di una sanzione pecuniaria in luogo della demolizione delle opere realizzate in forza di un permesso annullato nei casi in cui non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione "dei vizi delle procedure amministrative" (o "la restituzione in pristino"), la Plenaria si è infatti soffermata sulla differenza tra vizi della procedura e altri vizi del provvedimento "che, non attenendo al procedimento, coinvolgono profili di compatibilità della costruzione rispetto al quadro programmatico e regolamentare che disciplina l'an e il quomodo dell'attività edificatoria". Nel ricondurre la riferita rimozione "dei vizi delle procedure" all'attività di convalida (*sub specie* del permesso di costruire), il Consesso ha precisato che "La convalida per il tramite della rimozione del vizio implica necessariamente un'illegittimità di natura "procedurale", essendo evidente che ogni diverso vizio afferente alla sostanza regolatoria del rapporto amministrativo rispetto al quadro normativo vigente risulterebbe superabile solo attraverso una modifica di quest'ultimo; ius superveniens che, in quanto riguardante il contesto normativo generale, certamente esula da concetto di "rimozione del vizio" afferente la singola e concreta fattispecie provvedimentale" (Cons. Stato, ad. plen. 7 settembre 2020, n. 17).

[22] V. TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 2 febbraio 2016, n. 175 e TAR Veneto, sez. I, 22 febbraio 2018, n. 217 su cui A.G. Pietrosanti, *La convalida*, cit. e ivi l'appendice giurisprudenziale di L. Nadir Sersale, spec. 514.

[23] P. Ravà, op. cit., 206, A.M. Sandulli, op. loc. cit.. Invero il vizio di "errore o difetto di motivazione" veniva tradizionalmente ritenuto convalidabile in collegamento con la natura di atto di amministrazione attiva della convalida (P. Ravà, cit. 110 che, riconducendo l'istituto a "l'autotutela di cui è dotata la pubblica amministrazione" afferma che la convalida, come la revoca, rappresenta l'esercizio di una funzione di amministrazione attiva; A.M. Sandulli, op. cit. 362). Trattandosi, nel caso di vizio di motivazione, di vizio inerente all'esplicazione di quella funzione attiva, esso era ritenuto ammissibile, mentre non era ritenuto convalidabile, a contrario, il provvedimento viziato dalla circostanza che, nel porlo in essere, l'autorità emanante non si fosse attenuta al rispetto dei limiti fissati dall'ordinamento e avesse agito al di fuori della situazione nella cui coesistenza soltanto l'ordinamento le consentiva di agire (A.M. Sandulli, op. loc. cit.). La collocazione della convalida tra gli atti di secondo grado (P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 526; L. Mazzaroli, cit., 3) le ha conferito la pacifica natura di atto autonomamente impugnabile (così ad esempio P. Stella Richter, *L'impugnabilità*, Milano, 1970, ove si legge che "un procedimento di riesame del precedente, sia esso di legittimità sia... di

merito, darà sempre luogo ad un provvedimento autonomamente impugnabile. Si tratterà, a seconda dei casi, di un annullamento dell'atto precedente... o infine di una convalida dell'atto precedente", 239).

[24] Come non manca di evidenziare M. Nigro, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in *Foro it.*, 1958, oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, II, 442 ss., spec. 449, richiamando la bibliografia in R. Lucifredi, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941, 25. Così M. Nigro, *op. cit.* 449 precisava che la motivazione può essere considerata o sul piano formale quale componente dell'atto oppure come "rappresentazione del modo di formazione e dell'esatto contenuto della volontà". A tale ultima stregua, il vizio di motivazione è il "sintomo di una imperfezione del processo di formazione di volontà" e, dunque, spia di un vizio sostanziale (450). Se ne fa discendere che, quando il vizio di motivazione celi un vizio sostanziale, non potrà trovare accoglimento la ricostruzione giurisprudenziale secondo cui l'annullamento del provvedimento restituirebbe nelle mani della p.A. il potere "fino alla sua originaria estensione", dovendosi invece ritenere preclusa alla p.A. la possibilità di emanare "un atto confermativo, con diverso o più completo ragionamento, la soluzione precedente".

[25] Per tutti M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 268 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987. In argomento già C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933; G. Miele, *L'obbligo di motivazione negli atti amministrativi*, in *FA*, 1941, 126 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, I, 334.

[26] A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi*, cit., 178 ss., il quale fa risalire agli anni '30 del secolo scorso la tendenza che fa della motivazione enunciativa oggetto privilegiato del sindacato giurisdizionale d'eccesso di potere.

[27] C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione*, cit. 20 s.: "la teoria della motivazione è in rapporto molto stretto con la teoria dell'eccesso di potere, in quanto che questo, che è spesso basato su un vizio relativo ai motivi, su un errore voluto o non voluto, si rileva facilmente attraverso la motivazione, che, come esposizione dei motivi, rende agevole vedere se essi rispondano ad esattezza oppure no".

[28] M.S. Giannini, *op. cit.* 265. Lo stesso A. rilevava che la propria impostazione determinava un'attenuazione della finalità garantistica della motivazione, incentivando la p.A. a non motivare i propri atti a fronte della (ritenuta) sostanziale legittimità degli stessi (268).

[29] Così M.S. Giannini, *op. cit.*, 262.

[30] A. Romano Tassone, *Motivazione*, cit..

[31] A. Romano Tassone, *Motivazione*, cit. 100.

[32] G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, Milano, 2001, 775 ss. Nel dato normativo risiederebbe peraltro una conferma della prevalenza della già vista visione formalistica della decisione, in una con quella oggettivistica, nella misura in cui il contenuto della motivazione è ancorato in modo oggettivo alle risultanze dell'istruttoria e non già ad aspetti psicologici (così G. Corso, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 463 ss. rileggendo gli scritti dell'A., come ricordato in G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2017, 1235 ss.). I contributi dottrinali sul tema sono moltissimi e confermano la centralità della motivazione nell'azione amministrativa. Oltre a quelli citati nelle note precedenti, A. Andreani, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 9 ss.; F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 374 ss.; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; A. Cioffi, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, cit., 199 ss.; M. De Benedetto, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *EG Agg.*, XXIII, Roma, 2003, 1; B. Marchetti, *Il principio di motivazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 521 ss.; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 769 ss.; M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2017, 894 ss.; M.C. Romano, *L'esclusione della motivazione per gli atti normativi e per gli atti a contenuto generale*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, cit., 231 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione (dir. amm.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, 3741 ss.; A. Scarciglia, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999; G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss. Più di recente si vedano i contributi monografici M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020, V. Coccozza, *Contributo a uno studio sulla motivazione del provvedimento come essenza della funzione amministrativa*, Napoli, 2020. Per più ampi riferimenti si veda, se si vuole, F. Aperio Bella, *La motivazione del provvedimento* in M.A. Sandulli (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 3 ed., Milano, 2020, 313 ss.

[33] F. Cardarelli, 397 ss., B. Marchetti, 521 ss. V. Coccozza, 158. In giurisprudenza, il carattere polifunzionale della motivazione era stato già implicitamente riconosciuto da C. cost. 5 novembre 2010 che, nel vagliare la l.c. di una disposizione che sottraeva i provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriali degli ispettori del lavoro dal rispetto dell'obbligo

di motivazione, ne ha affermato l'illegittimità costituzionale per ciò che elusiva di una serie di principi e canoni costituzionali, *sub specie* “i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.)”, nonché “altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto)” e, da ultimo, “l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e d'imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione, in quanto strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall'autorità amministrativa”.

[34] F. Aperio Bella, cit. spec. 320 ss. ove è evidenziato il nesso trilaterale che lega funzione della motivazione, natura dell'istituto e tipologia di invalidità che colpisce il provvedimento assunto in violazione o falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990.

[35] Così, a seconda delle interpretazioni, la motivazione è ricostruita come funzionale ad attuare il principio di trasparenza (B.G. Mattarella, 872), a tutelare il bene autonomo della conoscenza del cittadino (G. Mannucci, *Uno nessuno*, cit. 867) e ad affermare la “responsabilità funzionale” dell'amministrazione rispetto alle decisioni assunte (A. Cassatella, 392).

[36] In tal senso, se si è ben compreso, sembra anche convergere la posizione di V. Coccozza, op. cit. che, pur escludendo che la “pretesa alla motivazione” attenga a un bene della vita autonomo rispetto a quello finale (“l'interesse al bene della vita si fonde con la pretesa alla motivazione, essendo quest'ultima l'espressione del modo di svolgimento della funzione che a esso conduce”, 366) finisce con l'individuare comunque una “pretesa a ottenere una motivazione che incorpora il bene della vita”, tutelabile in via autonoma attraverso un'azione di accertamento-adempimento (367).

[37] Per una critica alla “ricorrente notazione” secondo cui l'annullamento dell'atto per vizio di motivazione può essere inutile per il soggetto nel caso in cui l'amministrazione emani nuovamente un provvedimento di identico contenuto ma motivato in modo più adeguato, come anche a quella secondo cui il processo amministrativo non adempirebbe la sua funzione se si esaurisse nella rilevazione del difetto formale V. Coccozza, op. cit., 262 ss. ove, passando per l'analisi dei correttivi proposti dalla giurisprudenza per evitare la reiterazione *ad libitum* del provvedimento non soddisfacente ma emendato del vizio di motivazione, si evidenzia il possibile valore aggiunto di un giudizio amministrativo sulla motivazione quale “essenza” della funzione.

[38] C. cost., ord. 26 maggio 2015, n. 92 ripresa dalla stessa Corte nella successiva ord. 17 marzo 2017, n. 58 che, più diffusamente, ha affermato, sia pure in forma di *obiter* “il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della legge n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti”.

[39] Per dei cenni a tale ricostruzione v., in dottrina L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1197 ss. e poi anche F. Cardarelli, op. cit., 425; G. Mannucci, op. cit., 885-886 e A. Cassatella, 287 ss.. Più di recente, la tesi della nullità è stata sostenuta da V. Coccozza, op. cit., 367 ss. che tuttavia la riconosce solo “per assenza totale di motivazione” e, al più, per il caso di “presenza solo apparente” di motivazione (372).

[40] TAR Calabria, Reggio Calabria, 28 gennaio 2019, n. 47; TAR Lazio, Roma, Sez. I-quater, 10 aprile 2018, n. 3943; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 2312; Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792. Per rintracciare una specularità con il processo, la giurisprudenza ha significativamente enfatizzato, con riferimento alla sentenza corredata da “motivazione radicalmente assente (o meramente apparente)” che il difetto assoluto di motivazione (che non si identifica con la motivazione illogica, contraddittoria, errata, incompleta o sintetica), non solo dà luogo alla relativa nullità (per il combinato disposto degli artt. 88, co. 2, lett. d) e 105, co. 1, c.p.a. anche alla luce del principio processuale di cui all'art. 156, co. 2, c.p.c.. secondo cui la motivazione rappresenta un requisito formale - oltre che sostanziale - indispensabile affinché la sentenza raggiunta il suo scopo) ma a una decisione “abnorme” che “non è sindacabile dal giudice, in quanto essa costituisce un atto d'imperio immotivato, e dunque non è nemmeno integrabile, se non con il riferimento alle più varie, ipotetiche congetture, ma una sentenza “congetturale” è, per definizione, una non-decisione giurisdizionale - o, se si preferisce e all'estremo opposto, un atto di puro arbitrio - e, quindi, un atto di abdicazione alla potestas iudicandi” (Cons. Stato, ad. plen. 2018, n. 10).

[41] La conclusione della non ascrivibilità del vizio di motivazione al meccanismo non invalidante di cui all'art. 21-octies è ampiamente argomentata, anche alla luce del diritto dell'Unione Europea, in P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015.

[42] La sentenza distingue i casi in cui il vizio di motivazione sia meramente formale, traducendosi nel “non corretto riepilogo della decisione presa”, da quelli in cui l'inadeguatezza della motivazione rifletta “un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti)”. I vizi che alcuni vogliono definire come formali *tout court*, in realtà,

talvolta possono divenire, in relazione alle circostanze del caso concreto, vizi di forma sostanziale, richiedendo così una differenziazione nelle forme di tutela (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento*, cit., 308).

[43] Nel testo si è inteso aggiungere il riferimento al provvedimento non contrastante con gli interessi di alcuno degli amministratori (su cui già Ravà⁸³) a quello al provvedimento inoppugnato al fine di ricomprendere l'ipotesi, invero del tutto residuale, in cui il soggetto amministrato, pur inciso negativamente dal provvedimento, non vi reagisca confidando nella relativa disapplicazione.

[44] Ravà 217.

[45] P. Ravà, 213.

[46] Nel senso della permanenza del potere decidente della p.A. anche durante il corso della causa depongono del resto anche l'art 34, co. 5 c.p.a. sulla cessazione della materia del contendere per "piena soddisfazione" della pretesa del ricorrente nel corso del giudizio, nonché una certa lettura del co. 3 dello stesso articolo, in tutti i casi in cui la non utilità dell'annullamento derivi da una sopravvenienza provvedimentoale attribuibile alla p.A. resistente.

[47] G. Virga, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 529. Resta il tema del regime giuridico cui soggiace l'esercizio del potere che segue il giudicato, potenzialmente diverso, in caso di *ius superveniens*, da quello applicabile alla convalida. La corretta individuazione del limite alla rilevanza delle sopravvenienze di diritto in sede di esecuzione del giudicato amministrativo ha largamente impegnato dottrina e giurisprudenza e non può essere compiutamente affrontato in questa sede. Per qualche ulteriore riferimento v. *infra* nota 69.

[48] Così già TAR Veneto, sez. I, 10 giugno 1987, n. 648, in *Foro amm.*, 1988, 1439, con nota di S. D'Alessandro, *Obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo ed interesse sostanziale del ricorrente* e in *Dir. proc. amm.* 1989, p. 470 ss., con nota di P. Bartot, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in cui il Collegio precisa che "oltre a non apparire assiomatico il collegamento tra l'immutabilità dell'atto impugnato e la pienezza delle garanzie di difesa del cittadino, non vi è in realtà nessun principio che in qualche modo stabilisca che i poteri dell'amministrazione debbano restare paralizzati in dipendenza dell'esercizio da parte dei cittadini dei rimedi di tutela amministrativa e giurisdizionali contro precedenti provvedimenti amministrativi". In dottrina, la tesi si condensa nell'assunto, già confutato da P. Ravà, 216, che lo stato di diritto e di fatto (invalidità o intervenuta sanatoria) resterebbe cristallizzato ed invariabile al momento in cui il ricorso è stato proposto, e cioè notificato.

[49] In termini, *ex multis* CGA, 20 aprile 1993, n. 149; TAR Lazio Roma, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, cit. TAR Molise, 29 gennaio 2003, n. 41 e Cons. Stato, sez. IV, 8 novembre 2005, n. 6220. Naturalmente non sono mancate conclusioni diverse e orientamenti che continuano a sostenere l'illegittimità della motivazione postuma ancorando il divieto alla tutela del buon andamento amministrativo e all'esigenza di una delimitazione dell'indagine giudiziaria (così ad es. Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3882, in *Foro amm. CdS*, 2011, 6, 2097).

[50] G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, ove si mette in discussione la retroattività della convalida confutando l'argomento tradizionale secondo cui, negandole tale carattere, essa finirebbe col realizzare un duplicato del fenomeno della sostituzione. Si argomenta, in punto che, mentre la sostituzione implicherebbe lo svolgimento *ex novo* del procedimento "per la convalida basta il venire in essere di un singolo atto" (26). La tesi trova un precedente in quelle posizioni intermedie, attente alle posizioni soggettive consolidate del privato destinatario dell'atto e dei terzi, secondo cui la sanatoria in corso di giudizio sarebbe stata possibile, ma la relativa efficacia sanante non avrebbe operato *ex tunc* proprio là dove vi potesse essere un effetto ablativo su situazioni giuridiche soggettive consolidate e costituzionalmente garantite (L. Acquarone, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995, 189). A differenza di quest'ultima posizione, però, nella precedente si conferisce portata generale alla irretroattività della convalida senza distinguere a seconda che essa incorra in giudizio o al di fuori (superando così l'antica obiezione di P. Ravà, 217 di cui si è già detto).

[51] G. Tropea, *op. cit.* che, nel ritenere sempre ammissibile la convalida del vizio di motivazione come vizio di forma del provvedimento, propone una sotto-distinzione nel caso in cui il vizio di motivazione esprima un vizio della funzione ammettendone la sanatoria in corso di giudizio. Qui la convalida non sarà ammissibile quando, da una valutazione *ex post*, emerga che la motivazione successiva "altera l'essenza del provvedimento" (il discorso specificamente legato all'utilizzo dello strumento del *remand* cautelare per sollecitare l'integrazione della motivazione, considerato "tout court ammissibile, salva la dimostrazione che in realtà il vizio di motivazione non era un mero vizio formale"). Viene nondimeno ritagliato un margine di operatività della convalida anche a fronte di vizi sostanziali nei casi in cui "nel contraddittorio fra le parti si accerti la persistente possibilità che l'amministrazione reiteri l'atto munendolo di una argomentazione giustificativa sufficiente ed idonea". In tal caso, in sostanza, la p.A. dimostrerebbe che il vizio della motivazione non avrebbe in concreto determinato alcuno sviamento, contraddittorietà, vizio di erroneità o difetto dei presupposti. Se ne fa discendere che "ove la motivazione successiva non alteri la sostanza della

statuizione...l'effetto eliminatorio [della sentenza di annullamento, n.d.r.] può considerarsi risolutivamente condizionato dalla scelta dell'amministrazione di convalidare la propria precedente determinazione".

[52] G. Falcon, op. cit. 29 che, per tale via, rintraccia un equilibrio tra potere sanante e tutela delle situazioni soggettive nella misura in cui consente all'interessato "di far valere l'illegittimità del provvedimento per il periodo in cui essa sia esistita", al fine di ottenere l'"annullamento per gli effetti prodotti prima della convalida", previa verifica del suo concreto e attuale interesse. La tesi è poi ripresa e sviluppata in G. Mannucci, *La convalida del provvedimento*, cit. spec. 209 ss.

[53] Così ad esempio V. Cerulli Irelli, op. cit., che ha individuato nella ammissibilità della convalida in corso di giudizio di vizi formali e procedurali la via maestra "per adattare anche l'esercizio dell'azione di annullamento a strumento di tutela di situazioni sostanziali", in un momento storico in cui l'ordinamento non conosceva ancora il meccanismo "non invalidante" introdotto con l'art. 21-octies l. n. 241/1990. Letteralmente l'A. affermava "in attesa di una decisiva svolta, sul punto, dell'ordinamento, che riconosca al giudice la possibilità di valutare se vizi di forma o di procedimento abbiano inciso o meno sul contenuto sostanziale del provvedimento (come espressamente prevede l'art. 13-secies, l. n. 241/1990, come modif. dall'art.4, del d.d.l. in discussione al Senato: A.S. 1281), si presenta come unica possibilità per adattare anche l'esercizio dell'azione di annullamento a strumento di tutela di situazioni sostanziali, quello di ammettere, anche in corso di giudizio, la convalida dell'atto impugnato, illegittimo in qualche sua parte (forma e procedimento) ma fondato nel suo contenuto sostanziale". Aperture all'integrazione postuma si trovano anche in G. Greco, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 485, pur con le importanti precisazioni di cui si dirà infra.

[54] A. Zito, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 3, 577 ss., spec., 591 ss. sottolineando, tra l'altro, che le impugnazioni per vizi formali non possono essere classificate come inutili e che considerare come "interessi illegittimi" quelli vantati dal ricorrente che, ottenuto un annullamento per vizi formali, ottenga una determinazione diversa da quella in origine adottata per "normale impossibilità per l'amministrazione di reintegrare con efficacia ex tunc il provvedimento annullato" ovvero avvantaggiandosi di "nuovi equilibri politico-amministrativi" (così CGA n. 149/2003, cit.) è errato perché essi si basano su un'affermazione non dimostrata, e cioè che "la non conformità del provvedimento allo schema normativo, dovuta alla presenza di vizi procedurali e formali, sia fattispecie da assumere, non nella norma che disciplina materia della impugnazione e quindi della reazione processuale, bensì in altra norma che instaura una diversa relazione fra l'atto e la sua efficacia", tale da impedire l'annullamento.

[55] Così Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2009, n. 4993 e successivamente Id., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808, che, operando ampi richiami alla prima pronuncia, precisa che "se è vero che, secondo le più avanzate puntualizzazioni giurisprudenziali sul tema, "una motivazione incompleta può essere integrata e ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo, così come può ipotizzarsi che l'amministrazione convalidi il provvedimento integrandone in un secondo momento la motivazione", tuttavia, proprio secondo la stessa giurisprudenza, "l'integrazione della motivazione deve pur sempre avvenire da parte dell'amministrazione competente, mediante gli atti del procedimento medesimo o un successivo provvedimento di convalida. Invece, gli argomenti difensivi dedotti nel processo avverso il provvedimento, per non essere inseriti in un procedimento amministrativo, non sono idonei a integrare postumamente la motivazione". Più di recente Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2018, n. 5984, in *Foro amm.*, 2018, 10, 1675.

[56] A. Cassatella, cit., 333.

[57] TRGA Trento, sez. un., 17 maggio 2021, n. 81. Merita precisare che l'inciso riportato nel testo contiene la precisazione del carattere discrezionale del provvedimento la cui motivazione sia stata integrata tramite convalida in quanto l'intero iter argomentativo seguito dal Collegio muove da una netta distinzione tra il giudizio amministrativo vertente su provvedimenti vincolati e quello vertente su provvedimenti discrezionali, al punto che lo stesso "oggetto del giudizio" divergerebbe ("l'oggetto del giudizio amministrativo differisce sensibilmente a seconda che la controversia abbia ad oggetto provvedimenti che sono espressione di poteri discrezionali (come nel caso in esame), ovvero provvedimenti che sono espressione di poteri vincolati?"). Nelle parole del Collegio è proprio (e solo?) nel processo avente ad oggetto provvedimenti vincolati, infatti, che si deve registrare "la progressiva evoluzione del processo amministrativo avente ad oggetto provvedimenti autoritativi di natura vincolata nella direzione del giudizio sul rapporto, desumibile non solo dalla disposizione dell'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della legge n. 241/1990 ... ma anche dalla disposizione dell'art. 31, comma 3, cod. proc. amm....Da tali disposizioni si desume che, nei casi di attività vincolata, il giudice amministrativo può ben operare un sindacato teso ad accertare l'effettiva spettanza del bene della vita, ...Di converso nei casi di attività discrezionale il giudice amministrativo, se chiamato ad operare un sindacato di legittimità sulla discrezionalità (pura o tecnica) dell'amministrazione, non può sostituirsi ad essa, ma deve limitarsi a svolgere il sindacato dall'esterno, ossia verificando se il potere sia stato correttamente esercitato o meno" così TRGA n. 81/2021 cit., anche richiamando i propri precedenti 19 ottobre 2020, n. 177; e 13 aprile 2017, n. 136).

[58] Si intende far riferimento alla prassi processuale con cui il Giudice amministrativo accompagna la sospensione dell'atto impugnato con l'ordine alla p.A. di riesaminare la situazione alla luce dei motivi di ricorso. In argomento, basti richiamare, oltre allo studio fondamentale di Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; F.G. Scoca, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc.amm.*, 1983; R. Villata, *La Corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 619 ss.; M.A. Sandulli (a cura di) *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004; Id., *I principi*

costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa, in *Foro amm. TAR*, 2009; Id., *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2010.

[59] TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 14 giugno 2021, n. 7056.

[60] Si legge in sentenza che il provvedimento interveniva a integrare e confermare, “per le motivazioni originariamente formulate con le ulteriori integrazioni di cui in premessa”, il diniego originario e “confermandone, ora per allora in conseguenza del presente provvedimento, l’efficacia, gli effetti e le conseguenze” (TAR Lazio n. 7056/2021, cit.).

[61] Tema che, come acutamente osservato, riflette più in generale i rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione (A. Travi, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1997, 168 ss.).

[62] Da ultimo TAR Napoli, sez. V, 9 giugno 2021, n. 3909, in cui si afferma che “il provvedimento adottato all’esito del “remand”, lungi dal costituire una mera integrazione della motivazione del precedente, si configura come espressione di nuove, autonome, scelte discrezionali dell’Amministrazione, in presenza delle quali non può non farsi applicazione del tradizionale e consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui la sostituzione dell’atto impugnato a mezzo di un nuovo provvedimento (che non sia meramente confermativo del precedente) rende improcedibile il ricorso (T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, 17/05/2013, n.1326)”. In termini, *ex multis*, TAR Lazio, sez. II-bis, 2014, 7 aprile 2014, n. 3758, secondo cui “essendo il remand una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l’assetto di interessi definiti con l’atto gravato, restituendo, dunque, all’Amministrazione l’intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicare il risultato finale (...) il provvedimento sopravvenuto deve essere inteso come espressione dell’esercizio di funzione amministrativa e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale (cfr., tra le altre, TAR Lazio, Roma, Sez. I quater, 2 ottobre 2007, n. 9660; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, sent. 21 settembre 2004, n. 6570; da ultimo, TAR Lazio, Sez. II quater, sentenze 2 luglio 2007, nn. 5890 e 5891)”.

[63] Tra i tanti, TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 27 luglio 2015, n. 10245, secondo cui l’istituto del c.d. “accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame”, “determina solo l’effetto di obbligare la Pubblica amministrazione a rideterminarsi formalmente, ma lascia intatta la sfera di autonomia sostanziale e la responsabilità della stessa, per cui non dà luogo ad alcuna inibitoria, consentendo l’adozione di una nuova decisione confermativa ovvero di una determinazione comunque non satisfattiva del privato” (in senso analogo, Cons. St. sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2475 e TAR Calabria, Reggio Calabria, 11 settembre 2017, n. 762).

prassi processuale con cui il Giudice amministrativo accompagna la sospensione, nelle more, dell’atto impugnato con l’ordine all’Amministrazione di riesaminare la situazione alla luce dei motivi di ricorso

[64] Così *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2838, pur resa in un caso di sospensione del provvedimento negativo, in cui si legge “come autorevolmente precisato dalla stessa Adunanza Plenaria di questo Consiglio (27 febbraio 2003, n. 3), l’improcedibilità del ricorso può discendere solo dall’adozione da parte dell’Amministrazione di provvedimenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli imposti dalla necessità di dare esecuzione alla misura cautelare; per contro, la mera esecuzione di un provvedimento cautelare, non presentando profili di discrezionalità nell’an, non comporta il venir meno della res litigiosa”. Con specifico riferimento al confronto tra le tecniche del remand cautelare e dell’ordinanza a contenuto positivo v. R. Garofoli, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell’ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 4, 857 ss.

[65] Vedi infatti TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 20 gennaio 2017, n. 1067, in cui si riconosce che, secondo l’orientamento da ultimo menzionato nel testo “in virtù del principio di strumentalità e del carattere di interinalità delle misure cautelari, l’esecuzione della ordinanza di sospensione di un provvedimento negativo non costituisce attività di autotutela e quindi non comporta l’improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse o la cessazione della materia del contendere – a seconda che il nuovo atto sia sfavorevole o piuttosto favorevole all’istante – trattandosi di determinazione adottata non spontaneamente, ma in doverosa esecuzione all’ordinanza di sospensione degli effetti (giuridici) del provvedimento impugnato ed in via meramente provvisoria fino alla pubblicazione della sentenza di merito”. Il Collegio aggiunge però che “Tale principio, formulato con riferimento agli atti adottati in attuazione di misure cautelari di tipo positivo o sostitutorie, il cui ambito di attuazione è completamente definito dalla portata conformativa del giudicato cautelare (Cons. St., Sez. IV n. 253 del 9.1.2001), mal si attaglia tuttavia alla diversa ipotesi dell’esecuzione delle ordinanze emesse “ai fini del riesame””.

[66] Una apertura in tal senso in Cons. Stato, n. 2838/2008 cit., che pronunciandosi in un caso del tutto peculiare di remand in appello, afferma che “l’improcedibilità del ricorso può discendere solo dall’adozione da parte dell’Amministrazione di provvedimenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli imposti dalla necessità di dare esecuzione alla misura cautelare; per contro, la mera esecuzione di un provvedimento cautelare, non presentando profili di discrezionalità nell’an, non comporta il venir meno della res litigiosa. Tanto più detto orientamento deve valere nella presente fattispecie in cui il riesame del provvedimento impugnato, con conferma dell’esclusione dalla gara, è intervenuto in sede di appello avverso la sentenza del TAR, per cui l’Impresa ricorrente non avrebbe potuto presentare neppure motivi aggiunti avverso la conferma dell’esclusione ai sensi dell’art. 21 L. 6.12.1971 n.1034, come modificato dall’art. 1 L. 21.7.2000 n.205, trattandosi di facoltà esercitabile solo davanti al giudice di 1° grado”. In termini diversi il più di recente TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 21 ottobre 2014, n. 10574 in cui il Collegio, pur ritagliando uno spazio per l’ipotesi in cui il nuovo atto assunto a valle di remand non costituisca “nuova espressione di una funzione amministrativa” essendo “meramente confermativo”, poco dopo precisa che quando la p.A. “sulla

scorta di un rinnovato esame valutativo, dimostri di voler confermare la volizione espressa in un precedente provvedimento, il successivo provvedimento ha valore di atto di conferma e non di atto meramente confermativo, con la conseguenza che anche in tal caso deve essere dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso avverso il provvedimento che, in pendenza del giudizio, sia stato sostituito dal provvedimento di conferma; infatti, il provvedimento di conferma, anche se frutto di un riesame non spontaneo ma indotto da un'ordinanza cautelare del giudice amministrativo, riflette nuove valutazioni dell'Amministrazione e implica il definitivo superamento di quelle poste a base del provvedimento confermato, sicché il ricorrente non ha più interesse alla coltivazione del gravame proposto avverso tale provvedimento, non potendo conseguire alcuna utilità da un eventuale esito favorevole dello stesso”.

[67] Diverso sarebbe il caso in cui si accedesse alla tesi della mera caducazione del provvedimento successivo per vizi propri di quello presupposto. Si tratta dello schema del c.d. annullamento con effetti caducanti sul provvedimento successivo, che, però, non consentirebbe di contestare la convalida per vizi propri.

[68] Il richiamo pare equivoco in quando non è chiaro in che termini il meccanismo di cui al nuovo 10-bis dovrebbe ricevere attuazione anche nel caso di convalida per difetto di motivazione “per esigenze sistematiche (e per evitare facili aggiramenti)”. Se, infatti, si condivide con il Collegio che la disposizione, nella formulazione risultante dalle modifiche apportate dal più volte citato d.l. n. 76/2020, “impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza – già nella fase del procedimento, sollevando, una volta per tutte le questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati?” (così pt. 8.4 sentenza annotata) non si comprende come tale preclusione procedimentale, imponendo che tutti i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza emergenti dall'istruttoria siano illustrati nel provvedimento “così adottato” (cioè adottato a valle dell'interlocuzione prevista dall'art. 10-bis) tanto da non poter essere esplicitati *ex post*, nemmeno in sede di riedizione del potere a seguito annullamento giurisdizionale, possa combinarsi con una ricostruzione che ammette la convalida del vizio di motivazione che, per antonomasia, osta all'annullamento giurisdizionale per il vizio convalidato oltre a non presupporre un'istanza di parte.

[69] In sede di replica al tradizionale argomento che l'annullamento del provvedimento per vizio di motivazione (o altro vizio “formale) non erode il potere della p.A. di emanare un provvedimento con dispositivo identico a quello annullato, esponendo il ricorrente al riesercizio del potere (pur a giudizio concluso) e ai conseguenti oneri in caso di contestazione, si oppongono una serie di, altrettanto tradizionali, contro-argomentazioni in ordine all’“effetto traumatico e dirompente dell'annullamento” cui il ricorrente può legittimamente aspirare proponendo la sola domanda di annullamento (riconosciuto dalla stessa dottrina che promuove la convergenza in un unico giudizio dell'intero conflitto sostanziale: G. Greco, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, cit. qui 492); nonché, con specifico riferimento al vizio di motivazione, che esso potrebbe celare un effettivo errore nell'iter formativo della volizione provvedimentale, con ciò non escludendo che “una volta resa edotta e consapevole, attraverso l'annullamento giurisdizionale, del proprio errore - l'amministrazione rinunci spontaneamente a reiterare il provvedimento caducato” (A. Romano Tassone, *Motivazione*, cit., 402-403; nella stessa direzione M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, spec. 234-235). Sul piano delle regole applicabili al nuovo esercizio del potere, la circostanza che il nuovo procedimento venga avviato sotto l'egida di una normativa sopravvenuta e di un contesto fattuale evoluto, potrebbe contribuire al raggiungimento di un diverso esito provvedimentale. Il nuovo esercizio del potere conseguente a un giudicato che lasci impregiudicati “tratti liberi dell'azione amministrativa” dovrà infatti fondarsi sui presupposti fattuali e normativi sopravvenuti (*ex multis* Cons. St., ad. plen n. 11/2016) che potrebbero, in astratto, risolversi in un vantaggio per il ricorrente (in dottrina, sull'individuazione della disciplina applicabile al potere amministrativo intervenuto dopo l'annullamento del provvedimento v. C.E. Gallo, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro it.*, 1980, qui 103 e M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, qui 545; F. Francario, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 283). Anche tali contro-argomentazioni non hanno mancato di sollevare repliche e contro-repliche (su cui *supra*, nota 54). Il dibattito potrebbe peraltro essere completamente superato accedendo alla tesi della preclusione procedimentale che, senza attribuire al giudicato di annullamento un'efficacia preclusiva più ampia, offre una alternativa ricostruttiva alla tesi secondo la quale dopo l'annullamento l'amministrazione può liberamente esercitare il proprio inesauribile potere in relazione a tutti gli aspetti del rapporto non interessati dall'accertamento giurisdizionale (in questa direzione M. Trimarchi, *L'inesauribilità*, cit. 230 ss., che, rivisitando la posizione di M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., configura il potere amministrativo come potere che, almeno in linea di principio, si esaurisce con il suo esercizio, rintracciando una base giuridica della propria ricostruzione proprio nell'art. 3 l. n. 21/1990, che, nella lettura dell'A., imporrebbe di indicare in motivazione tutti i presupposti e le ragioni di diritto, eventualmente concorrenti, sui quali si fonda la scelta effettuata in relazione alle risultanze dell'istruttoria; e non soltanto quelli sufficienti a giustificarla).

[70] Una dimostrazione emblematica del ruolo giocato dalla domanda di parte nel processo amministrativo si ricava dall'applicazione dell'art. 34, co. 3 c.p.a. fatta dal Cons. Stato, ad. plen. 13 aprile 2015, n. 4 su cui, se si vuole, F. Aperio Bella, *Principio della domanda e accertamento dell'interesse a ricorrere da parte del giudice amministrativo*, in S. Toschi (a cura di) *L'attività Nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2016, 672 ss.

[71] In tal senso sembra potersi leggere V. Coccozza, 313.

[72] Spunti in questa direzione in L. Tarantino, *Wittgenstein*, cit., 949, il quale ritiene di ammettere la motivazione successiva solo nei casi di diritto soggettivo vantato dal privato o di interesse pretensivo illegittimamente colpito. Secondo l'A., infatti,

nel caso del diniego illegittimo dell'accesso, sarebbe configurabile una motivazione successiva, posto che l'annullamento dell'illegittimo diniego non si potrebbe tradurre nell'accertamento di un diritto d'accesso comunque inesistente. Anche nel caso in cui sia fatto valere in giudizio un interesse pretensivo, la motivazione successiva sarebbe utile in quanto contribuirebbe al formarsi di un giudicato più ampio e vincolante per l'amministrazione. Diversamente, nel caso di interessi oppositivi e di procedimenti d'ufficio, non sarebbe ammissibile la motivazione successiva in quanto l'esercizio del potere ablativo-sanzionatorio deve svolgersi prima della fase giurisdizionale, sia per il venir meno del potere dell'amministrazione dopo il primo esercizio, sia perché nei casi di provvedimenti positivi sfavorevoli deve essere rispettata la logica dell'atto formale, visto che la giustificazione non può essere data quando la sfera del cittadino sia già stato vulnerata dal provvedimento. Tale tesi riprende da un lato le elaborazioni di M. Clarich sul termine del procedimento, dall'altro quelle di F. Ledda sulle ricadute del diverso regime degli interessi oppositivi e pretesivi sulla problematica della motivazione successiva (v. ad es. F. Ledda, *Intervento, in Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Atti del convegno di studi amministrativi, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, 87).

[73] F. Ledda, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro. amm.*, 2000, 3449, proprio in riferimento all'orientamento che ammette l'integrazione in giudizio della motivazione.

[74] Non solo la giurisprudenza è granitica nell'affermare che il termine a conclusione del procedimento ex art. 2 l. n. 241/1990 ha carattere ordinatorio (*ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2010, n. 8371), ma tende a negare la perentorietà di tutte le normative speciali che introducono "termini massimi" a conclusione del procedimento (si pensi alla definizione del procedimento di autorizzazione unica per la costruzione di impianti a energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili ex art. 12, co. del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387) ritenendo si verta in ipotesi di "assenza di espresse previsioni testuali che collegino uno specifico effetto preclusivo all'inutile decorso del termine" (TAR Puglia, Lecce, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 209) e ciò anche nel caso di procedimenti avviati d'ufficio, *sub specie* sanzionatori (ad es., per l'affermazione che il potere dell'amministrazione di ingiungere l'indennità a fronte dell'abuso ex artt. 1 e 18 l. 24 novembre 1981, n. 689 è inesauribile salvo espresse e puntuali previsioni decadenziali v. Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5615).

[75] Emblematico il caso del parere vincolante della soprintendenza, da rendersi "entro il termine perentorio di novanta giorni" ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 167 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, la cui perentorietà è smentita in giurisprudenza (TAR Campania, Napoli, sez. VII, 26 febbraio 2013, n. 1131 e già TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 settembre 1990, n. 734, per ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza si rinvia a M. Trimarchi, *L'inesauribilità*, op cit., spec. 61 ss.)

[76] Ci si riferisce evidentemente al disposto dell'art. 2, co. 8-bis come risultante dal c.d. semplificazioni n. 76/2020 convertito in legge n. 120/2020.

[77] Vedi però le obiezioni della dottrina citata *supra* nota 50.

[78] La sentenza afferma infatti che "La decorrenza ex tunc è connaturale alla funzione della convalida di eliminare gli effetti del vizio con un provvedimento nuovo ed autonomo" e che "La retroattività della convalida trova tuttavia un importante limite nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio, scaduto il quale anche il potere di convalida viene necessariamente meno". Una apertura nella direzione della risarcibilità del danno cagionato dal provvedimento oggetto di convalida si trovava invece nella celebre pronuncia TAR Lazio, Sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, cit., che, a suffragio della ammissibilità della convalida in corso di giudizio, aveva fatto ricorso all'esigenza di riconoscere alla p.A. che avesse riscontrato (anche in virtù delle censure sollevate in giudizio) un vizio di legittimità del proprio operato di porvi rimedio in corso di processo "allo scopo di limitare i possibili danni per l'erario" derivanti da una eventuale condanna al risarcimento. Rappresentando l'esigenza "di limitare" il danno tramite la convalida non si pretende di eliminarlo: non pare infatti che una convalida possa eliminare dal mondo giuridico il fatto storico che, per un certo tempo, un provvedimento illegittimo ha prodotto i suoi effetti (eventualmente forieri di danno risarcibile). In tale ottica si muovono del resto le ricostruzioni dottrinali della convalida come avente effetti *ex nunc*. Contra come noto la dottrina più risalente P. Ravà, 220.

[79] Per un apprezzamento del ricorso alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti quale strumento di accrescimento dell'effetto conformativo delle pronunce del g.a. v. M.A. Sandulli, *La "risorsa" del giudice amministrativo*, in *Ques. giust.*, 1/2021, 38 ss., spec. 48.

[80] Si è già visto che lo strumento messo a disposizione dall'ordinamento per impugnare provvedimenti sopravvenuti in corso di giudizio è quello dei motivi aggiunti ("impropri") ed è noto che la relativa presentazione impone il versamento di un nuovo contributo unificato. Solo aderendo a una lettura progredita della normativa di riferimento, proposta dagli interpreti sulla scorta delle evoluzioni della giurisprudenza eurolunitaria (CGUE 6 ottobre 2015, n. 61 resa nella causa C-61/14), ma non compiutamente seguita dalla giurisprudenza interna (Cass. civ. sez. trib., 27 ottobre 2020, nn. 23528 e 23530), si potrebbe ritenere esentata dall'assolvimento dell'onere contributivo l'impugnativa avente ad oggetto un provvedimento di convalida del vizio di motivazione intervenuto in corso di giudizio (G. Taglianetti, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti e contributo unificato nel processo amministrativo. Come dare un senso compiuto al criterio del «considerabile ampliamento dell'oggetto della controversia già pendente»*, in *federalismi.it*, n. 6/2019). L'interpretazione prevalente continua nondimeno a preservare le esigenze di conservazione dei mezzi giuridici sottese all'ammissibilità di interventi conservativi di

provvedimenti *sub iudice*, a detrimento di quelle di effettività della tutela giurisdizionale. In dottrina, sulla pesante incidenza delle misure economiche di accesso al processo sull'esercizio del diritto di difesa v. M.A. Sandulli, A. Carbone, *Misure economiche di deflazione del contenzioso*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Roma.

[81] Da tempo la giurisprudenza ammette che il principio preclusivo di “esaurimento della discrezionalità” possa essere anticipato già nella fase di cognizione attraverso la richiesta di chiarimenti o l'emissione di pronunce interinali. In riferimento a tale ultima ipotesi, per un commento a una delle prime pronunce che ha anticipato alla fase di cognizione quella tesi in base alla quale il principio di preclusione si avrebbe per l'amministrazione dopo il giudicato, con la conseguenza che essa sarebbe tenuta in sede di esecuzione della sentenza ad esaminare la pratica nella sua interezza (non potendo far valere profili sfavorevoli non ancora esaminati), estendendo il principio preclusivo all'esito di una pronuncia interinale v. G. De Giorgi Cezzi, *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, nota a TAR Lecce, Sez. I, 7 febbraio 2002, n. 842, in *Urb. e app.*, 955, ss.. Per una completa perimetrazione del “dogma” dell'inesauribilità del potere amministrativo M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit.

[82] Sia consentito rinviare a F. Aperio Bella, *L'innesto di regole del processo amministrativo di altri ordinamenti. Un possibile approccio alla comparazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2019, 227 ss., spec. 262.

[83] Una posizione più decisa in punto di spese potrebbe forse ricavarsi dall'applicazione della regola della c.d. “soccombenza virtuale”, già enunciata in caso di cessazione della materia del contendere, secondo cui il giudice deve comunque pronunciarsi sulle spese, individuando in via virtuale la soccombenza “*in base ad una ricognizione della ‘normale’ probabilità di accoglimento della pretesa della parte su criteri di verosimiglianza o su indagine sommaria di delibazione del merito*” (da ultimo CGA, 1 giugno 2020, n. 369). Poiché la stessa adozione del provvedimento di convalida attesta la verosimiglianza dell'accoglimento della pretesa originariamente fatta valere, occorrerebbe porre sempre a carico della p.A. quanto meno i costi sostenuti per la proposizione del ricorso introduttivo, compreso il pagamento del contributo unificato.

[84] Resta vivo il monito di autorevole dottrina secondo cui “*Un sistema di giustizia amministrativa ben congegnato ed efficiente è infatti una delle condizioni essenziali per l'esistenza di un reggimento politico libero, non potendo un regime di libertà esistere se non là dove l'azione della pubblica amministrazione sia governata dal principio della legalità, e dove l'osservanza di tale principio venga garantita da giudici indipendenti e forniti di strumenti adeguati*” A.M. Sandulli, *La giustizia nell'Amministrazione*, in *Amm. Civ.*, 1961, 159-168, oggi in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 497 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1921 – 8 settembre 2021

Accertamento penale ed accertamento amministrativo in caso di lottizzazione abusiva (Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 19 luglio 2021, n. 5403) di Maria Baldari

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il fatto e la vicenda giudiziaria. – 3. La decisione del Consiglio di Stato. – 4. La lottizzazione abusiva tra diritto penale e diritto amministrativo. – 5. Considerazioni conclusive e spunti di riflessione.

1. Premessa

Con la sentenza che qui si annota il Consiglio di Stato, ritenendo infondate le censure avanzate dagli appellanti, compie talune importanti precisazioni in merito alle differenze tra accertamento in sede penale e in sede amministrativa della lottizzazione abusiva.

L'illecito *de quo*, sebbene abbia frequentemente suscitato l'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza, risulta qui analizzato in relazione ad un profilo peculiare che ne rende opportuno l'approfondimento.

2. Il fatto e la vicenda giudiziaria

Nel 2008 gli appellanti acquistavano un terreno agricolo sito nel Comune di Olbia, collocato in un'area classificata con la destinazione urbanistica Zona E- Agricola^[1].

A distanza di circa tre anni, gli stessi cedevano una parte ad un familiare e in un secondo momento effettuavano, sulla restante porzione, alcune opere di miglioramento fondiario.

Tali ultime venivano dapprima certificate da un agronomo e successivamente verificate, mediante sopralluogo, dal Comune di Olbia.

In seguito, sempre nell'ambito del miglioramento fondiario del terreno, gli appellanti presentavano un progetto edilizio concernente la realizzazione di una casa colonica, ottenendone il relativo permesso nell'aprile 2015.

Con ordinanza n. 26 del 17/10/2015 il Comune di Olbia disponeva la sospensione dei lavori di lottizzazione abusiva sull'area, inclusa la proprietà degli appellanti. Questi ultimi impugnavano tale provvedimento dinnanzi al T.a.r. Sardegna.

Con sentenza n. 1065/2018 il T.a.r. respingeva il ricorso; avverso la sentenza, gli originari ricorrenti proponevano appello per i seguenti motivi.

Con il primo motivo, gli appellanti lamentavano la violazione e l'errata applicazione dell'art. 30 del D.P.R. n. 380/2001, ritenendo che gli argomenti valorizzati dall'amministrazione non fossero sufficienti a dimostrare l'intento illecito.

Dalla vendita delle due proprietà, isolatamente considerata, non potrebbe infatti ricavarsi in modo inequivoco la destinazione a scopo edificatorio né, quindi, una ipotesi di lottizzazione abusiva. E ciò anche in considerazione del fatto che non vi sarebbe alcun riscontro della realizzazione di opere in violazione degli strumenti urbanistici; anzi, gli interventi di miglioramento fondiario sarebbero stati ritenuti dallo stesso Comune di Olbia conformi ai parametri urbanistico-edilizi generali e alle previsioni di cui all'art. 13-*bis*, L.R. 23 ottobre 2009, n. 4[2].

Inoltre, la consistenza e le modalità del frazionamento sarebbe avvenuta in modo conforme alle prescrizioni dettate dal programma di fabbricazione comunale e regionale, secondo una estensione non inferiore al cd. lotto minimo.

Ancora, difformemente da quanto dichiarato in sentenza, gli appellanti sostenevano che la presenza di una strada per l'accesso ai lotti frazionati - peraltro preesistente all'acquisto effettuato nel 2008 - non potesse costituire, in assenza di ulteriori indici, elemento idoneo da cui dedurre l'esistenza di un fenomeno lottizzatorio.

Con il secondo motivo gli appellanti deducevano inoltre la violazione dell'art. 7 della l. n. 241/1990, denunciando la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento la cui ricezione avrebbe consentito loro di far valere - tramite osservazioni, critiche e deduzioni - la totale infondatezza dell'illecito già nella fase formativa del provvedimento amministrativo.

3. La decisione del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, nel rigettare i motivi di gravame, precisa innanzitutto come ai sensi dell'art. 30 del D.P.R. n. 380/2001[3] possano in astratto configurarsi due diverse tipologie di lottizzazione abusiva: una di natura "materiale" e un'altra di carattere "formale o cartolare".

La prima si verifica allorché vengano realizzate opere che comportano la trasformazione urbanistica ed edilizia dei terreni, in violazione delle prescrizioni urbanistiche ovvero in assenza della necessaria autorizzazione. La seconda si configura quando, pur non essendo ancora avvenuta una trasformazione di carattere materiale, se ne siano già realizzati i presupposti: vale a dire il frazionamento, la vendita o altri atti ad essi equiparati in lotti che evidenzino in modo non equivoco la destinazione ad uso edificatorio.

L'interesse protetto dalla norma è quello a garantire un ordinato sviluppo urbanistico del tessuto urbano, in coerenza con le scelte espresse negli strumenti urbanistici ed in particolare nel piano attuativo. Quest'ultimo svolge infatti la funzione di precisare zona per zona «*le indicazioni di assetto e sviluppo urbanistico complessivo contenute nel piano regolatore, di attuarle gradatamente e razionalmente e di garantire che ogni zona disponga di "assetto ed attrezzature rispondenti agli insediamenti", ovvero delle opere di urbanizzazione*»[4]. In siffatto contesto, la lottizzazione abusiva sottrae all'amministrazione il suo potere di pianificazione attuativa.

La giurisprudenza ha delineato poi una ulteriore ipotesi di lottizzazione cd. "mista" che si caratterizza per la compresenza delle attività materiali e negoziali indicate dall'art. 30 D.P.R. n. 380/2001. Tale eventualità si configura nelle ipotesi in cui si verifichi «*un'attività negoziale di frazionamento di un terreno in lotti seguita dalla edificazione dello stesso terreno*»[5].

Proprio quest'ultima sembra essere la situazione su cui si fonda il provvedimento impugnato[6], non potendo essere accolti i motivi di appello con cui veniva prospettata la separata sussistenza di una lottizzazione materiale e di una cartolare[7].

I giudici di Palazzo Spada si preoccupano poi di chiarire – e su tale aspetto, su cui si tornerà più avanti, si fonda l'interesse per la pronuncia in commento - come l'oggetto del giudizio sia rappresentato dal provvedimento amministrativo, allo scopo di verificarne la legittimità. Tale precisazione si rende necessaria a fronte della parziale sovrapposizione del sindacato del giudice amministrativo rispetto a quello svolto, con riferimento alla fattispecie criminosa di cui all'art. 44 D.P.R. n. 380/2001, dal giudice penale.

Nel processo finalizzato ad accertare la responsabilità penale dell'imputato, infatti, risulta necessario il raggiungimento della prova oltre ogni ragionevole dubbio. Di contro, proprio in ragione dell'assenza di una connotazione penalistica delle conseguenze derivanti dal provvedimento impugnato, il sindacato del g.a. dovrebbe essere effettuato secondo il canone di credibilità razionale della decisione amministrativa.

E, sotto tale profilo, la giurisprudenza ha precisato come i principi costituzionali e sovranazionali di buona fede e di presunzione di non colpevolezza possano venire in rilievo in relazione alla applicazione della sanzione penale accessoria della confisca urbanistica di cui all'art. 44 del D.P.R. n. 380/2001, ma non anche al fine della irrogazione della sanzione amministrativa prevista dall'art. 30, co. 8 del D.P.R. n. 380/2001[8].

Tanto chiarito, i giudici ritengono che dai fatti globalmente considerati emergano elementi gravi, precisi e concordanti che attestano l'integrazione dell'illecito e, quindi, la finalità abusiva degli autori[9].

L'insieme delle circostanze accertate dalla p.a. denota infatti l'intento di mutare la destinazione agricola dell'area in spregio agli strumenti urbanistici che la disciplinano. Il

provvedimento impugnato trova un adeguato supporto istruttorio negli elementi fattuali, senza che i motivi adottati dagli appellanti siano idonei ad inficiarne la coerenza logica^[10].

Risulta inoltre significativo che il frazionamento dell'area abbia comportato la formazione di lotti di dimensioni inferiori rispetto al minimo previsto dall'art. 13^{bis} della L.R. n. 4/2009 e all'art. 3 del D.P.G.R. 3 agosto 1994, n. 228^[11]. Parimenti rilevante appare la circostanza che gli acquirenti non fossero imprenditori agricoli.

Peraltro, secondo la giurisprudenza prevalente, non occorre che gli elementi comprovanti la presenza di una lottizzazione cartolare siano tutti presenti, essendo sufficiente che ve ne sia anche uno solo – nel caso di specie consistente nella vendita e nell'ulteriore frazionamento in lotti di ridotte dimensioni - purché rilevante ed idoneo a comprovare, con margini di plausibile veridicità, la volontà di procedere a lottizzazione^[12].

Né può assumere rilievo la circostanza che gli appellanti abbiano ottenuto l'autorizzazione ad eseguire singole opere edilizie, poiché a rilevare sono non tanto le singole porzioni isolatamente considerate quanto piuttosto lo stravolgimento della destinazione di zona nel suo complesso^[13].

Da ultimo, la connessione funzionale tra edificazione e costruzione agricola del fondo risultava smentita da un lato, dalla rilevazione di 100 piante di ulivo a fronte delle 200 dichiarate nella relazione agronomica; dall'altro, dalla prevalenza di zona incolte e improduttive del terreno, da cui si evince una attività agricola di tipo "hobbistico".

Per quanto attiene infine al secondo motivo di appello relativo alla asserita violazione dell'art. 7 della l. n. 241/1990, il Consiglio riteneva infondata anche tale censura. Innanzitutto, in quanto per il procedimento in esame parte della giurisprudenza esclude la necessità della comunicazione di avvio^[14]; in secondo luogo, poiché nell'ordinanza n. 26 del 17 ottobre 2016 del Comune si dava atto che la comunicazione di avvio fosse stata inviata ad entrambi gli appellanti.

4. La lottizzazione abusiva tra diritto penale e diritto amministrativo

La fattispecie incriminatrice di lottizzazione abusiva^[15] è descritta dall'art. 30, co. 1 D.P.R. n. 380/2001 il quale, con una norma di carattere definitorio, ne indica le caratteristiche strutturali^[16]. La sanzione penale, che si aggiunge alla sanzione amministrativa di cui all'art. 30, co. 8 del D.P.R. n. 380/2001^[17], è fissata invece dall'art. 44, co. 1 lett. c)^[18].

L'aspetto maggiormente problematico della figura in esame concerne, tradizionalmente, la configurabilità del reato *de quo* nelle ipotesi in cui l'autorizzazione, pur essendo stata concessa, presenti profili di illegittimità; questione, tale ultima, che si inserisce nella più ampia tematica relativa al sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi con effetti in *malam partem*^[19].

Sul punto, giova sinteticamente ricordare come inizialmente la tesi prevalente fosse quella cd. "processualistica", in ossequio alla quale il giudice dovrebbe limitarsi alla verifica circa

l'esistenza dell'atto sulla base della exteriorità formale, con conseguente utilizzo dell'istituto della disapplicazione *ex art. 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E*[20].

A far data dalla storica sentenza Giordano[21] si afferma invece l'idea, rimasta pressoché immutata fino ad ora[22], della natura sostanziale della questione in esame. Da tale premessa deriva la conseguenza che il giudice possa valutare la sussistenza dell'atto quale elemento normativo della fattispecie e conoscerne la eventuale illegittimità, in maniera non dissimile da quanto accade con gli altri elementi essenziali della fattispecie criminosa[23]. E ciò anche quando, secondo una ricostruzione prospettata in via interpretativa, l'illegittimità dell'atto amministrativo non sia espressamente contemplata dalla disposizione incriminatrice quale componente del reato[24].

Con riferimento specifico alla lottizzazione abusiva, è stata a tal proposito elaborata la tesi del reato "a consumazione alternativa", configurabile cioè sia in caso di difetto di autorizzazione sia nel caso in cui questa contrasti con la legge o gli strumenti urbanistici[25].

Anche in tal caso il giudice non effettua alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo ma «*si limita ad accertare la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta descrittiva del reato, poiché una volta che constati il contrasto tra la lottizzazione considerata e la normativa urbanistica, giunge all'accertamento dell'abusività della lottizzazione prescindendo da qualunque giudizio sull'autorizzazione*» [26].

Il caso esaminato dal Consiglio di Stato attiene tuttavia ad un profilo che, sebbene collegato al tema indicato, non appare del tutto coincidente con esso. In particolare, nella vicenda sottoposta all'attenzione dei giudici di Palazzo Spada, trattandosi di un giudizio generale di legittimità, l'oggetto è rappresentato proprio dal provvedimento amministrativo medesimo.

In relazione al sindacato del giudice amministrativo non vengono in rilievo i medesimi limiti ai quali va incontro il giudice penale, né può applicarsi il principio processualpenalistico di cui all'art. 533 c.p.p. che richiede il raggiungimento della prova oltre ogni ragionevole dubbio.

Infatti, mentre il giudizio penale concerne l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, cui consegue l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale; il giudizio amministrativo attiene invece alla legittimità del provvedimento stesso. Da tale diversità deriva allora l'impossibilità di far valere nell'ambito del processo amministrativo principi propri del diritto penale, ed in particolare, secondo quanto prospettato dagli appellanti, il principio di buona fede e di presunzione di non colpevolezza[27].

Il procedimento penale ed il procedimento amministrativo, sebbene destinati ad incidere sullo stesso bene giuridico, proseguono "su binari paralleli", in ragione della profonda diversità che attiene alla *causa petendi*. Del resto, lo stesso Consiglio di Stato aveva in passato chiarito come la comminazione di sanzioni sul piano amministrativo ai sensi dell'art. 30 del D.P.R. n. 380/2001 non richieda alcuna pregiudiziale verifica circa la sussistenza della responsabilità penale ai sensi dell'art. 44, lett. c) del D.P.R. n. 380/2001[28].

In un passaggio della motivazione, il Consiglio di Stato fa poi rapido accenno alla eventualità di giungere a conclusioni diverse nelle ipotesi in cui il provvedimento impugnato dovesse assumere dei risvolti penalistici. Tale ultima puntualizzazione appare opportuna alla luce dell'orientamento, di derivazione sovranazionale, tendente all'applicazione dello statuto

giuridico proprio delle pene anche alle sanzioni amministrative aventi natura sostanzialmente penale[29]. La questione tuttavia non risulta approfondita in ragione della mancata prospettazione in tal senso, ad opera degli appellanti, in relazione alla misura di cui all'art. 30. co. 8 del D.P.R. n. 380/2001.

5. Considerazioni conclusive e spunti di riflessione

Come si è tentato di chiarire, la sentenza in commento si preoccupa di mettere in evidenza le diversità del perimetro di indagine del giudice penale rispetto a quelle del giudice amministrativo, avendo cura di specificare come quest'ultimo abbia accesso diretto al provvedimento.

Secondo il Consiglio di Stato, il sindacato del giudice amministrativo attiene infatti *«alla piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione, al fine di verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati dall'amministrazione, la loro affidabilità e la loro coerenza»*, secondo il canone di valutazione *«di credibilità razionale della decisione amministrativa alla luce degli elementi posti dall'amministrazione a giustificazione della stessa»*[30].

Tali precisazioni, sebbene siano da salutare con favore nella misura in cui sgombrano il campo da incertezze interpretative, non appaiono tuttavia risolutive della totalità dei problemi.

Una volta appurato che l'oggetto del giudizio amministrativo sia il provvedimento e la sua eventuale illegittimità, si ripropone infatti la questione inerente al tipo di sindacato esperibile dal g.a. sulla discrezionalità amministrativa, la quale può essere "pura" o "tecnica"[31]. A tale ripartizione, com'è noto, corrisponde una diversa intensità di sindacato sull'operato della p.a., che si mostra più incisivo nel caso di discrezionalità tecnica[32].

Il tema, poi, si complica ulteriormente ove si consideri come non sia agevole qualificare il tipo di discrezionalità di cui gode l'ente locale in materia di pianificazione edilizia.

Al riguardo, secondo una prima tesi si tratterebbe di una discrezionalità di tipo "misto", *nella quale si fondono elementi di discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa*[33]. *Il potere esercitato dall'Amministrazione dovrebbe tenere conto non soltanto dei vari interessi, pubblici e privati, che possono venire in rilievo nella valutazione, ma altresì di una serie di profili tecnici*[34].

Aderendo a tale orientamento, pertanto, il tipo di sindacato si differenzerebbe a seconda dello specifico profilo attenzionato: nella prima fase, la discrezionalità tecnica sarebbe infatti censurabile fino all'errore o alla inattendibilità scientifica della soluzione prescelta; nella seconda fase, invece, la discrezionalità pura incontrerebbe il solo limite dell'eccesso di potere.

La tesi ormai prevalente ritiene tuttavia che il potere della p.a. in materia di pianificazione edilizia sia riconducibile ad una discrezionalità "pura" di carattere piuttosto ampio, che sembra sfociare in uno spazio di elevata libertà a favore dell'ente locale[35].

In quest'ottica, allora, il sindacato sarebbe piuttosto "debole", potendo il g.a. verificare, al più, la presenza di una figura sintomatica dell'eccesso di potere senza disporre, invece, degli strumenti necessari per vagliare appieno le scelte compiute dalla p.a.

In base ad una massima ormai consolidata, infatti, «le scelte effettuate dall'Amministrazione Pubblica nell'adozione degli strumenti urbanistici costituiscono apprezzamento di merito sottratto al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità» [36].

Ma, se così è, la pregnanza del controllo sul provvedimento edilizio da parte del giudice amministrativo - tanto enfatizzata dalla sentenza in commento – sembra destinata, almeno in parte, ad essere ridimensionata.

[1] Secondo il Programma di Fabbricazione, nell'area in questione sarebbero ammessi «fabbricati ed impianti destinati alla produzione agricola o zootecnica del fondo, all'orticoltura, alla valorizzazione e alla trasformazione delle produzioni aziendali, nonché fabbricati residenziali per imprenditori e conduttori agricoli».

[2] Ai sensi della quale occorre la presenza di una effettiva connessione funzionale tra l'edificazione e la conduzione agricola e zootecnica del fondo.

[3] «Si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio».

[4] Cons. di Stato, sez. VI, 19 luglio 2021 n. 5403, punto 9.

[5] Così Cass., Sez. III, n. 6080 del 7/02/2008.

[6] Il giudice di primo grado aveva infatti ravvisato la sussistenza di una lottizzazione abusiva "mista", ricavabile «dal frazionamento di tre macro lotti a destinazione agricola in venticinque lotti, nella creazione di una strada abusiva di collegamento di tutti i nuovi lotti, nella vendita di questi ultimi e nell'inizio sugli stessi di attività edilizia, nella maggior parte dei casi senza titolo autorizzatorio».

[7] In particolare, la tesi degli appellanti distingueva i singoli momenti: da un lato, quello del frazionamento e della vendita; dall'altro, quello della parziale edificazione di taluni lotti. Per il Consiglio di Stato, tali momenti dovrebbero invece essere intesi come tasselli del complessivo disegno lottizzatorio, posto in essere in spregio alla destinazione impressa alla zona dal P.R.G. Cfr., in tal senso, CGARS Sez. giur. n. 93 del 8 febbraio 2021 secondo cui «la lottizzazione abusiva è un fenomeno unitario che trascende la consistenza delle singole opere di cui si compone e talora ne prescinde, come nel caso del mutamento di destinazione d'uso di complessi edifici regolarmente assentiti, e assume rilevanza giuridica per l'impatto che determina sul territorio interferendo con l'attività di pianificazione, conservazione dei valori paesistici e ambientali, dotazione e dimensionamento degli standard, di guisa che la diversa conformazione materiale che deriva dall'attività di lottizzazione, se non rimossa, da un lato impedisce la realizzazione del diverso progetto urbanistico stabilito dagli organi preposti al governo del territorio, dall'altro impone l'adeguamento delle infrastrutture esistenti o la realizzazione di nuove per far fronte al carico urbanistico derivante dalla lottizzazione».

[8] Così Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2018, n. 1878; Cons. Stato, sez. II, 17 maggio 2019, n. 3196; Cons. Stato, sez. II, 24 giugno 2019, n.4320, CGARS Sez. giur. n. 93 del 8 febbraio 2021.

[9] Nello specifico, dal rapporto n. 56070 del 13 giugno 2016 redatto dagli agenti comunali emergevano le seguenti circostanze: tra il 2008 e il 2009 nel territorio comunale classificato come Zona E- Agricola il proprietario dei mappali originari aveva provveduto alla realizzazione di una strada sterrata, al frazionamento di tre lotti di terreno fino a generare 25 lotti e alla successiva stipulazione di altrettanti atti di compravendita; la strada, realizzata senza alcun titolo edilizio e non censita in Catasto, risultava oggetto di servitù di passaggio in tutti gli atti di compravendita dei singoli lotti; le superfici dei

mappali frazionati variavano da un massimo di HA 1.29.93 ad un minimo di Ha 00.05.30 (con la sola eccezione di un terreno di superficie pari a Ha 03.00.00); quattro dei 25 lotti risultavano edificati; l'amministrazione era intervenuta con due provvedimenti di diniego di altrettante istanze di concessione edilizia per la realizzazione di edifici ad uso residenziale nonché con un annullamento in autotutela di un titolo autorizzatorio erroneamente emanato, tutti motivati con riferimento ad un fenomeno lottizzatorio abusivo nella zona in esame; sui terreni in esame era stata riscontrata la presenza di piccoli manufatti ma non di attività agricole o zootecniche connesse con la destinazione urbanistica della zona agricola; il succedersi di richieste di concessione edilizia sui lotti in questione nel periodo successivo alla entrata in vigore della Legge Regionale n.4/2009 la quale aveva ripristinato l'edificabilità nella zona E con lotto minimo di 1 ettaro.

[10] In particolare, con riferimento all'obiezione secondo cui dalle mappe non potrebbe essere escluso che il fondo fosse collegato alla viabilità pubblica già prima della realizzazione della strada abusiva, la p.a. aveva provveduto a depositare apposita documentazione che sconfessava la tesi degli appellanti. Tale documentazione dimostrava infatti come prima del 2008 non fosse presente alcuna via pubblica di accesso al Mappale oggetto di causa e che l'unico accesso alla proprietà dei ricorrenti avvenisse per il tramite della abusiva strada sterrata non censita al Catasto, la quale costituisce oggetto di servitù di passaggio nell'atto di compravendita. La realizzazione abusiva della strada che collega i vari lotti rappresenterebbe pertanto un idoneo elemento probatorio dell'intento lottizzatorio.

[11] Nello specifico, la superficie minima di intervento era fissata in un ettaro, salvo per quanto riguarda la destinazione per impianti serricoli, impianti orticoli in pieno campo e impianti vivaistici, per i quali era stabilita in ettari 0,50.

[12] In particolare, la vendita di lotti di ridotte dimensioni contraddiceva esplicitamente la vocazione agricola del terreno in quanto, nella logica del mercato agricolo, possedere un terreno di notevoli dimensioni risulta maggiormente proficuo; il frazionamento planimetrico del fondo, pertanto, farebbe emergere l'intento di voler procedere a lottizzazione abusiva. Sul punto, cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV del 11.7.2016 n. 3073; v. anche Corte Cass. n. 389 del 25/05/1990 che ha ritenuto idonei elementi attestanti la lottizzazione «*la predisposizione di un piano di frazionamento, nella superficie esigua di ogni singola frazione - poco compatibile con una utilizzazione agricola del terreno acquistato - nella appartenenza a famiglia contadina solo di due dei tredici acquirenti, nella prossimità del terreno frazionato rispetto all'abitato*»; nella medesima direzione, v. anche, più di recente, Corte Cass. 15205 del 15/11/2019 relativa alla realizzazione di edifici residenziali in zona agricola, mediante frazionamenti ed accorpamenti di fondi non contigui, asserviti per soddisfare il requisito della estensione minima del lotto, da parte di soggetti privi del requisito necessario di imprenditore agricolo.

[13] Cfr. Cons. St., n. 26 del 18 gennaio 2016. Peraltro, in occasione del sopralluogo seguito dagli agenti del Comune in data 10/03/2016 era stata riscontrata la presenza, oltre che del menzionato edificio residenziale, anche di una serie di opere ulteriori eseguite in assenza di Scia e di permesso di costruire, ed in particolare di: un pozzo, una cisterna idrica, un tubolare un cemento per l'attraversamento di un piccolo corso d'acqua presente all'interno del lotto e uno scavo di sbancamento di notevoli dimensioni.

[14] Cfr. in tal senso Cons. Stato, Sez. IV, n. 3073/2016.

[15] Per un maggiore approfondimento della fattispecie *de qua* si rinvia, fra gli altri, a De Gioia -Casa, *Violazioni edilizie. Responsabilità e sanzioni amministrative e penali. Effetti civili. Profili fiscali*, Torino, 2011; G. Trapani, *La circolazione giuridica dei terreni: analisi delle linee direttrici dello statuto di tali beni*, in *Riv. notariato*, fasc.6, 2003, pag. 1483; F. Parente, *Trasformazione del territorio e tipologie lottizzatorie abusive*, in *Riv. notariato*, fasc.5, 2003, pag. 1145.

[16] Come anticipato, la lottizzazione può attuarsi sia con opere «*che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione*», sia mediante «*il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio*». Viene così delineata la distinzione di fondo tra la lottizzazione abusiva cd. «*materiale*» e quella cd. «*negoziale*» (o «*cartolare*»).

[17] Consistente nella acquisizione coattiva dell'immobile al patrimonio del Comune.

[18] Il quale prevede l'arresto fino a due anni e l'ammenda da €15.493 a €51.645.

[19] In argomento, si rinvia, fra gli altri, a F. De Leonardis, *Il sindacato del giudice penale sugli atti di autorizzazione e concessione: alcune riflessioni "partendo dalla fine"*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.4, 2020, pag. 893; G. Tropea, *Concessioni balneari e diritto europeo: nuovi "lati oscuri" della disapplicazione del giudice penale*, nota a Cass. pen., sez. III, 12 aprile 2019, n. 25993, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; Id., *Are di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Diritto Costituzionale*, n. 3/2018; F. Francario, *Illecito urbanistico e edilizio e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale ed amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 99; B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della*

giustizia penale, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 77; G. Contento, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quad. csm*, 1, 1991; A. Romano, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1983, 22; F. R. Villata, *“Disapplicazione” dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980.

[20] Cfr. in tal senso Cass., sez. III, 15 febbraio 1960, Guidi; Cass., sez. III, 16 marzo 1970, Agnello; Cass., sez. VI, 7 dicembre 1984, Ambrogi; sez. III, 10 gennaio 1984, Tortorella; Cass., sez. III, 13 marzo 1985, Meraviglia; 31 marzo 1986, Ainora. In dottrina, si rinvia a A. Cioffi, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012; A. Romano, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. n. 241/90: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 490 ss.; Id., voce *“Autonomia” nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 31 ss.; S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

[21] Cass., Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3.

[22] Cfr. fra le altre, Cass., sez. III, 19 luglio 1994, Cremona; 30 giugno 1995, n. 17565, Di Pasquale; 29 settembre 1994, n. 1822, Ruotolo; 3 maggio 1996, n. 4421, Oberto; 20 luglio 1996, n. 7310, Vené; 23 dicembre 1997, n. 11988, Controzzi; sez. III, 21 marzo 2006, n. 21487, Tantillo; 28 settembre 2006, n. 40425, Consiglio; 2 ottobre 2007, n. 41620, Emelino; 9 maggio 2008, n. 28225, Di Stefano; 27 giugno 2008, n. 35389, Gallo; 13 gennaio 2009, n. 9177, Corvino; 20 gennaio 2009, n. 14504, Sansebastiano e altri; 2 luglio 2009, n. 34809, Giombini e altro; 14 luglio 2010, n. 35391, Di Domenico; 16 febbraio 2012, n. 28545, Cinti; 14 maggio 2013, n. 37847, Sonni; 16 giugno 2015, n. 36366, Faiola.

[23] Cfr. G. Cocco, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice - I parte*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 2021, pag. 6; Id., *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice - II parte*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.2, 2021, pag. 358; R. Garofoli, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.2, 2020, pag. 405; B. Tonoletti, *la pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.1, 2019, pag. 76; G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019; R. Tumbiolo, *Il sindacato del giudice penale sul titolo edilizio e paesaggistico: dal profilo formale a quello di legittimità*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, fasc.6, 2013, pag. 705; R. Villata, *Le Sezioni Unite della Cassazione penale mettono fine alla c.d. «disapplicazione» della concessione edilizia (assente) illegittima nel processo penale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1987, 441 ss.

[24] Peraltro, se in occasione della sentenza “Giordano” del 1987 le SU ritennero insussistente il reato edilizio in caso di concessione illegittima, identificando come bene giuridico tutelato dalla norma la sottoposizione dell'attività edilizia al preventivo controllo della p.a.; nella successiva sentenza “Borgia” del 1993 le stesse SU giunsero a conclusioni opposte, e ciò sulla base di una diversa connotazione del bene giuridico, individuato questa volta nella tutela dell'assetto del territorio in conformità alla normativa urbanistica.

[25] Sul punto cfr. D. Guidi, *Lottizzazione abusiva e sindacato del giudice penale sulle decisioni degli enti territoriali in materia di pianificazione attuativa*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 353; G.D. Comporti - E. Morlino, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019.

[26] Così Sez. Un., 8 febbraio 2002, n. 5115. Secondo le Sezioni Unite infatti è la «descrizione normativa del reato di lottizzazione abusiva, che impone un riscontro diretto di tutti gli elementi che concorrono a determinare la condotta criminosa; di tal che il giudice penale, nel valutare la liceità di un intervento edilizio, deve verificarne la conformità a tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dalla concessione edificatoria, indipendentemente dalla circostanza che la lottizzazione sia o meno autorizzata».

[27] In questo senso, v. Cons. di Stato, sez. II, 17 maggio 2019, n. 3196; Cons. Stato, sez. II, 24 giugno 2019, n.4320, CGARS Sez. giur. n. 93 del 8 febbraio 2021.

[28] Sul punto, cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 23 marzo 2018, n. 1878.

[29] Tale tematica è stata oggetto di recente approfondimento da parte della letteratura giuridica; fra gli altri, si rinvia a F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; G. Martini, *Potere sanzionatorio della PA e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli 2018; S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2018; P. Cerbo, *La nozione di sanzione amministrativa e la disciplina applicabile*, in A. Cagnazzo - S. Toschei - F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016; Cagnazzo-Toschei, *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, 2012.

[30] Cons. di Stato, sez. VI, 19 luglio 2021 n. 5403, punto 10.

[31] Appare appena il caso di precisare che la discrezionalità è detta “pura” quando la p.a. è tenuta ad effettuare valutazioni di opportunità e di convenienza nella scelta della misura più idonea a soddisfare le finalità pubbliche perseguite; la discrezionalità è invece definita “tecnica” quando la p.a. verifica, sulla base di canoni scientifici e tecnici, la presenza dei presupposti necessari ai fini della emanazione di un determinato atto. Sull’argomento la letteratura è ricca; fra gli altri, si rinvia a R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017; G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, n. 1-2/2016; B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013; F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell’amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 133 ss.; F. Cintioli, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 484 ss.; F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 791 ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; L. Perfetti, *Ancora sul sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 424 ss.

[32] Nello specifico, mentre nel caso della discrezionalità “pura” il giudice, lungi dall’ingerirsi nelle scelte di merito della p.a., può esercitare al più un controllo estrinseco sui profili di legittimità dell’azione pubblica correlati all’eccesso di potere, basandosi sulle cd. “figure sintomatiche”; in relazione alla discrezionalità tecnica egli può invece spingersi a sindacare la correttezza delle regole tecniche applicate nonché dell’iter logico seguito nel compimento della valutazione. Cfr. G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012; S. Giacchetti, *Discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale nell’attuale fase evolutiva dell’ordinamento*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, Milano, 1998, 241 ss.

[33] Da un lato, infatti, nel valutare in sede di pianificazione urbanistica se determinate opere edilizie debbano essere realizzate con intervento “diretto” (con convenzione o meno) oppure previa adozione di un “piano di lottizzazione” (o con altra tipologia di piano attuativo), il Comune compie una valutazione che non può prescindere da cognizioni e criteri di natura tecnica. Dall’altro lato, una volta esaurito l’apprrezzamento dei fatti sulla base di una corretta individuazione e applicazione delle regole tecnico-specialistiche di settore, l’ente locale resta libero di individuare il tipo di intervento più opportuno per il miglior perseguimento dell’interesse pubblico. In questo senso, v. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 9 maggio 2014 n. 821; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 7 dicembre 2017 n. 758.

[34] Peraltro, la categoria concettuale della “discrezionalità mista” è stata espressamente riconosciuta anche dal Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 giugno 2011 n. 3884; Sez. VI, 25 febbraio 2013 n. 1129.

[35] La pianificazione urbanistica sarebbe oggetto di una discrezionalità “peculiare”, individuata nella comparazione e ponderazione di interessi localizzati sul territorio ed avrebbe come destinatari una pluralità indefinita di soggetti. In questo senso, cfr. S. Civitarese - P. Urbani, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Giappichelli, 2020; G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, 2019; G. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, 2014; G. Cartei, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa*, in *Urbanistica e Paesaggio*, a cura di G. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari, Napoli, 2005.

[36] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2018 n. 4071; Id. Sez. IV, 16 febbraio 2018 n. 991; Id., 18 agosto 2017 n. 4033; T.A.R. Sicilia, Sez. I, 21 agosto 2018 n. 1722; T.A.R. Sardegna, Sez. II, 26 settembre 2017 n. 593; Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2017 n. 4707. In dottrina, cfr. P. Lombardi, *Il Governo del Territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012; G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1595 - 3 marzo 2021

La CGUE riconosce il “diritto al silenzio” nei procedimenti sanzionatori dinnanzi alla Consob (Nota a CGUE, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19)

di Maria Baldari

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il procedimento sanzionatorio e la vicenda giudiziaria. – 3. La decisione della CGUE. – 4. Il principio del *nemo tenetur se detegere*: dal diritto penale al diritto amministrativo. – 5. Considerazioni sistematiche e spunti *de iure condendo*.

1. Premessa

Con la sentenza che qui si annota la Corte di Giustizia dell’Unione Europea si pronuncia su una importante questione destinata ad avere significative ripercussioni in ambito interno.

Si tratta del riconoscimento del “diritto al silenzio” nell’ambito delle procedure sanzionatorie dinnanzi alla Consob finalizzate all’accertamento degli illeciti anticoncorrenziali previsti dagli artt. 187-*bis* e ss. t.u.f.

Come si avrà modo di chiarire, la sentenza si inserisce in quel robusto filone giurisprudenziale tendente alla estensione dei principi e delle garanzie proprie del settore penale anche alle sanzioni amministrative dotate di carattere punitivo.

2. Il procedimento sanzionatorio e la vicenda giudiziaria

Nel 2012 la Consob infliggeva all’autore di un illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, composto da due condotte e commesso tra il 19 e il 26 febbraio

2019, due sanzioni pecuniarie dell'importo di euro 200.000 e di euro 100.000, unitamente alla sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità per la durata di 18 mesi (art. 187-*quater*, co. 1 t.u.f.) e alla confisca per equivalente del profitto illecito o dei mezzi utilizzati per ottenerlo (art. 187-*sexies* t.u.f.).

Con il medesimo provvedimento l'Autorità irrogava altresì una sanzione pecuniaria dell'importo di euro 50.000 per l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-*quinquiesdecies* del t.u.f. in quanto lo stesso soggetto, convocato in qualità di persona informata sui fatti, si rifiutava di rispondere alle domande che gli erano state indirizzate.

L'interessato proponeva dapprima opposizione dinnanzi alla Corte d'Appello di Roma e, a seguito della decisione di rigetto, ricorso in Cassazione avverso tale ultima pronuncia. La Cassazione, con ordinanza del 16 febbraio 2018 sottoponeva alla Corte Costituzionale due questioni incidentali di legittimità.

La Corte Costituzionale da un lato dichiarava la illegittimità dell'art. 187-*sexies* t.u.f. «*nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, e non solo del profitto*»[1]; dall'altro, sollevava una questione pregiudiziale in relazione alla validità e all'interpretazione dell'art. 14, par. 3 della direttiva 2003/6 e dell'art. 30, par. 1 lett. b), del regolamento (UE) n. 596 del 2014, i quali impongono agli Stati membri di prevedere l'obbligo di rendere le informazioni[2].

Nella sua decisione di rinvio la Corte Costituzionale sottolineava come la questione di costituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f fosse stata sollevata in relazione a vari diritti e principi, taluni sanciti dal diritto nazionale ed altri riconosciuti dal diritto internazionale e dal diritto dell'UE.

Il rinvio si rendeva necessario proprio in quanto l'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f era stato introdotto in esecuzione di un obbligo specifico imposto dall'art. 14, par. 3 della direttiva 2003/6[3] e rappresenta oggi l'attuazione dell'art. 30, par. 1, lett. b) del reg. n. 596/2014[4]; con la conseguenza che, se tali disposizioni fossero intese nel senso di imporre agli Stati membri un obbligo di sanzionare il silenzio in siffatti procedimenti, una eventuale dichiarazione di incostituzionalità si sarebbe potuta porre in contrasto con il diritto UE.

La stessa Corte Costituzionale sottolineava, peraltro, come una simile interpretazione non apparisse compatibile con gli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza[5], i quali sembrano riconoscere il diritto al silenzio entro i limiti analoghi a quelli risultanti dall'art. 6 Cedu e dalla Costituzione italiana. Nello specifico, l'obbligo di rispondere a quesiti di mero fatto potrebbe comportare una limitazione significativa del diritto dell'interessato, difficilmente conciliabile con il carattere penale che la Corte stessa ha riconosciuto alle sanzioni amministrative previste nell'ordinamento giuridico italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate[6].

Per tali ragioni, prima di pronunciarsi sulla questione di costituzionalità, la Consulta sottoponeva alla Corte un quesito interpretativo in relazione all'art. 14, par. 3 della direttiva 2003/6 e all'art. 30, par. 1, lett. b) del reg. n. 596/2014 chiedendo in particolare se la loro esegesi consenta agli Stati membri di non sanzionare la persona fisica che si rifiuti di rispondere all'autorità competente, nei casi in cui possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva".

In caso di risposta negativa al primo quesito, la Consulta si interrogava inoltre sulla compatibilità delle disposizioni indicate con gli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU in relazione all'art. 6 Cedu e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

3. La decisione della CGUE

Preliminarmente la Corte dichiara ricevibili le questioni pregiudiziali, e ciò in quanto le questioni relative alla interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale sono di regola assistite da una presunzione di rilevanza. Un eventuale rifiuto di statuizione sarebbe possibile solo nei casi in cui emergesse in modo manifesto che la richiesta di interpretazione non abbia alcun rapporto con l'oggetto del procedimento principale oppure quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni sottoposte.

Sul punto la Corte di Giustizia chiarisce come la Corte Costituzionale, a fronte della coerenza e del rapporto di continuità sussistente tra le due disposizioni comunitarie, abbia ritenuto di doversi pronunciare sulla costituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. non soltanto nella sua versione in vigore alla data dei fatti di cui al procedimento principale[7], ma anche nella sua versione attualmente in vigore[8]; la dichiarazione di incostituzionalità della prima avrebbe infatti una incidenza anche sulla validità della seconda, sicché anche la richiesta di interpretazione di quest'ultima possiede un rapporto con l'oggetto del procedimento principale.

Immediatamente dopo la Corte precisa come, sebbene la questione sia stata sollevata solo in relazione agli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza che sanciscono il diritto a che la propria causa sia esaminata equamente nonché la presunzione di innocenza, la domanda pregiudiziale appaia riferita anche ai diritti previsti dall'art. 6 Cedu[9].

Nello specifico, l'art. 47, co. 2 della Carta possiede un contenuto analogo all'art. 6, par. 1 Cedu, mentre l'art. 48 della Carta è interamente sovrapponibile all'art. 6, parr. 2 e 3 Cedu[10], con la conseguenza che nell'interpretazione degli artt. 47 e 48 la Corte è chiamata a tenere conto dell'art. 6 Cedu così come sviluppato dalla giurisprudenza della Corte EDU[11].

Richiamando tale giurisprudenza, la Corte chiarisce come il "diritto al silenzio" rappresenti una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta la quale, seppur non menzionata espressamente dall'art. 6 Cedu, possiede un ruolo centrale nella nozione di equo processo[12].

Il diritto in esame risulterebbe violato se un soggetto sospettato di aver commesso un illecito deponesse o venisse punito in caso di mancata collaborazione; ma, affinché possa essere invocato, occorre che si tratti di procedure suscettibili di condurre alla applicazione di sanzioni amministrative aventi carattere penale.

Questa valutazione, da compiersi mediante l'applicazione dei criteri forniti dalla giurisprudenza Cedu, è rimessa in linea di principio al giudice del rinvio.

Ciononostante nell'ambito della motivazione la Corte dà comunque atto di come, tanto sulla scorta dei propri precedenti[13], quanto sulla base della giurisprudenza Cedu[14], possa

essere riconosciuta una natura penalistica a talune delle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob. Ebbene, da tale qualificazione deriva l'applicazione delle garanzie riconosciute dagli artt. 47, co. 2 e 48 Carta di Nizza tra le quali rientra, come precisato, anche il diritto al silenzio.

Una simile conclusione, prosegue la Corte, non sarebbe smentita da quell'orientamento secondo cui in materia di concorrenza l'impresa possa essere costretta a fornire tutte le informazioni relative ai fatti di cui la stessa dispone^[15]. Quella stessa giurisprudenza aveva infatti chiarito come, in ogni caso, l'impresa non possa essere obbligata a fornire risposte dalle quali potrebbe derivare una propria responsabilità. A ciò si aggiunga che, trattandosi in quei casi di procedimenti esperiti nei confronti di imprese o associazioni di imprese, quegli approdi giurisprudenziali non potrebbero essere applicati analogicamente alle persone fisiche.

A questo punto la Corte si sofferma sulla interpretazione dell'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6 e dell'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento n. 596/2014 al fine di vagliarne la validità alla luce degli artt. 47 e 48 della Carta. A tal fine, precisa che ove il testo del diritto derivato dall'Unione si presti a più interpretazioni, occorre dare preferenza a quella che lo rende conforme al diritto primario.

Così, con riferimento all'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6, sebbene la formulazione della disposizione nella parte in cui invita gli Stati membri a fissare le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini si presti ad includere anche le ipotesi in cui il soggetto si rifiuti per non fare emergere la propria responsabilità penale o per un illecito punibile con sanzioni amministrative aventi carattere penale, l'obbligo di interpretazione conforme induce a preferire l'opzione ermeneutica secondo cui tali casi si collochino fuori dal perimetro applicativo della norma.

In maniera analoga l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento n. 596/2014, pur obbligando gli Stati a provvedere affinché le Autorità competenti possano esercitare i propri poteri di controllo e di indagine - inclusa la richiesta informazioni anche a coloro che abbiano partecipato alle operazioni di cui trattasi - , non impone l'applicazione di sanzioni alle persone fisiche che si rifiutino di collaborare in ragione della possibile emersione di una loro responsabilità penale o per un illecito amministrativo punito con sanzioni penali.

Sulla sorta di siffatte argomentazioni la Corte conclude nel senso che l'art. 14, par. 3 della direttiva 2003/6 e l'art. 30 par. 1 lett. b), del regolamento n. 596/2014, interpretati alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta, consentano agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica la quale, nell'ambito di un'indagine, si rifiuti di fornire all'autorità competente risposte che possano far emergere la propria responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure per un illecito penale.

4. Il principio del *nemo tenetur se detegere*: dal diritto penale al diritto amministrativo

Affermatosi nel diritto inglese già dal XVI secolo^[16], il principio del *nemo tenetur se detegere* si diffuse in Europa grazie all'Illuminismo, in controtendenza alle pratiche dell'*Ancien régime* fondate sulla tortura e sul giuramento del reo.

Nell'attuale contesto penalistico rappresenta un presupposto indefettibile del modello di processo di impianto accusatorio^[17] in cui la deposizione dell'imputato è sottoposta a regole precise, tutte finalizzate ad evitare che questi diventi accusatore di sé stesso in spregio al riconoscimento del valore della dignità umana^[18].

A fronte di tali considerazioni, potrebbe apparire distonico che l'unico riferimento normativo ad esso espressamente riferito sia contenuto nell'art. 14, par. 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 nella parte in cui sancisce, appunto, il diritto di ciascun accusato a non essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessarsi colpevole. In verità, ad un esame più approfondito non sfugge come il principio in esame possa essere considerato immanente al complessivo sistema costituzionale, euronitario e convenzionale.

Ciò risulta in parte confermato dall'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale nel cui contesto la q.l.c. era stata sollevata in relazione ad una pluralità di parametri; i quali peraltro, in ragione della natura amministrativa del provvedimento di cui si trattava, risultano solo in parte coincidenti con quelli fondanti il diritto al silenzio in ambito penale^[19].

In particolare, per quanto attiene all'ambito interno, il diritto *de quo* rappresenta innanzitutto un corollario dell'inviolabilità del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.^[20]; in quanto tale gode del rango di principio fondamentale ed è dunque idoneo ad integrare un controlimite nei rapporti con l'ordinamento europeo^[21]. Secondariamente, un fondamento si rinviene nel principio di non colpevolezza ex art. 27, co. 2 Cost. inteso come principio cardine del processo penale che, nell'orientare l'intera attività processuale, osta alla imposizione di un dovere di cooperazione da parte dell'imputato stesso^[22]. Inoltre, dalla nozione di equo processo di cui all'art. 111 Cost., e dal conseguente principio di parità delle parti, si ricava la regola secondo cui l'imputato non può essere costretto a rivelare al proprio accusatore elementi dai quali emerge la propria responsabilità^[23]. Da ultimo, il diritto in questione rappresenta anche una estrinsecazione della libertà personale tutelata dall'art. 13 Cost. ^[24].

Nel contesto europeo, come anticipato, un appiglio normativo si ricava da un lato dall'art. 47, co. 2 CdfUE che sancisce il diritto ad un *fair trial*; dall'altro, dall'art. 48 CdfUE che consacra il principio di presunzione di innocenza e il diritto di difesa. Tali previsioni risultano peraltro attuate, a livello di diritto derivato, dalla direttiva (UE) 2016/343 dettata al fine di rafforzare taluni aspetti della presunzione d'innocenza^[25].

Infine, a livello internazionale il diritto al silenzio costituisce uno degli elementi fondamentali su cui si erge la nozione di equo processo di cui all'art. 6 Cedu, così come più volte chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo^[26].

Sulla scorta di siffatto apparato normativo, non stupisce allora che già la Corte Costituzionale nell'effettuare il rinvio pregiudiziale abbia mostrato di propendere per l'applicazione del diritto al silenzio anche ai procedimenti sanzionatori aventi natura "punitiva"^[27] tra i quali rientrano, per l'appunto, quelli previsti dall'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate^[28].

Diversamente dalle ipotesi in passato sottoposte al vaglio della Consulta, la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies t.u.f.* avrebbe però posto l'ordinamento italiano in contrasto con quello europeo, da qui la necessità di richiedere l'intervento chiarificatore del giudice di Lussemburgo circa l'esatta portata del diritto derivato. È questo l'elemento di

discontinuità tra la vicenda in esame e tutte le altre in cui, in ambito interno, si era posto il problema della estensione delle garanzie anche in settori diversi da quelli strettamente penalistici.

E la Corte di Giustizia, nella sostanza, si è collocata nel medesimo solco interpretativo: senza dichiarare la invalidità delle disposizioni della direttiva e del regolamento, ne ha fatto una interpretazione coerente con il contenuto della Carta di Nizza, estendendo anche alle sanzioni punitive un principio applicato fino a quel momento soltanto ai processi penali.

L'*iter* argomentativo seguito dalla Corte è piuttosto semplice e lineare: dagli artt. 47, co. 2 e 48 CdfUE - che in forza della clausola di omogeneità contenuta nell'art. 52, par. 3 CdfUE possiedono un significato analogo all'art. 6 Cedu, così come interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte Edu - si ricava l'esistenza di un diritto al silenzio[29]; questo, pur essendosi affermato in un contesto di tipo penalistico, deve essere applicato analogicamente anche a quegli illeciti che, formalmente amministrativi, possiedono nella sostanza una natura penale alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[30].

Anzi, a ben vedere, la CGUE sembra andare anche oltre nella misura in cui precisa che, seppure non fosse riconosciuta la natura penalistica degli illeciti in questione, il diritto *de quo* dovrebbe essere comunque garantito in tutti quei casi in cui gli elementi raccolti nel procedimento amministrativo siano suscettibili di essere utilizzati in un processo penale[31]. E tale considerazione appare particolarmente significativa ove si rifletta sulla circostanza che le medesime condotte sanzionate con gli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187-*bis* o 187-*ter* t.u.f., nei casi in cui siano concretamente idonee ad alterare il prezzo dello strumento finanziario, integrano i reati disciplinati dagli artt. 184 e 185 t.u.f.[32]

Inoltre, rilevante è il distinguo che la Corte effettua in relazione alle persone giuridiche le quali, secondo la propria costante giurisprudenza, possono essere costrette a fornire tutte le informazioni in relazione ai fatti anticoncorrenziali oggetto di accertamento[33].

Questa precisazione denota, da un lato, l'adesione dei giudici del Lussemburgo ad una concezione del diritto al silenzio in termini di facoltà posta a tutela della libertà dell'individuo nel rapporto con l'autorità pubblica, con conseguente maggiore tutela in relazione alle persone fisiche. Nel contempo, sembra porre l'insieme dei fondamenti normativi sopra indicati su un piano non paritario, attribuendo un ruolo prevalente all'art. 13 Cost.

Da ultimo, su un piano più strettamente amministrativo, la decisione della Corte è destinata ad incidere sull'annoso dibattito relativo alla natura e alla *ratio* della partecipazione nei procedimenti sanzionatori svolti dinanzi alle Autorità Indipendenti.

Sul punto, è sufficiente ricordare come all'orientamento secondo cui la partecipazione mantenga una funzione analoga a quella propria del procedimento disciplinato in via generale dalla legge n. 241/1990 e dunque di natura mista (tanto difensiva quanto collaborativa) se ne contrappone un altro che, a fronte delle peculiarità del procedimento sanzionatorio, riconosce in questi casi alla partecipazione un ruolo essenzialmente difensivo.[34]

Ebbene la CGUE, riconoscendo lo *ius tacendi* in capo al privato, frustra in maniera significative le esigenze collaborative cui la partecipazione potrebbe essere funzionale nella fase istruttoria, finendo così per avallare il secondo orientamento.

Fermo restando che, come precisato dalla stessa Corte, il riconoscimento di siffatto diritto non equivale a legittimare ogni forma di omessa collaborazione; restano infatti suscettibili di sanzioni tanto il rifiuto di presentarsi ad un'audizione fissata dall'Autorità, quanto le condotte dilatorie miranti a rinviare il colloquio stesso[35].

5. Considerazioni sistematiche e spunti *de iure condendo*

A conclusione dell'analisi, appare opportuno dare spazio a considerazioni di carattere più sistematico che aiutino a comprendere meglio la portata della vicenda in esame.

In prima battuta, è significativo che anche la Corte di Giustizia abbia aderito all'ormai consolidata tesi interpretativa volta a riconoscere alle sanzioni amministrative lo statuto proprio delle pene.

Com'è noto, si tratta di un orientamento nato in ambito internazionale, in particolare ad opera della Corte Edu che, a far data dal famoso caso *Engel and Others v. the Netherlands* 8 giugno 1976, aderiva ad una nozione sostanzialistica di «*materia penale*». Secondo il ragionamento della Corte di Strasburgo, le garanzie derivanti dagli artt. 6 e 7 della Cedu dovrebbero essere riconosciute non solo agli illeciti penali in senso proprio, ma altresì a quelli che, pur presentando una forma extrapenale, e dunque amministrativa, possiedono nella sostanza una connotazione penalistica[36].

Preliminare risulta dunque il riconoscimento della natura penalistica, da effettuare alla luce dei parametri indicati dalla Corte stessa e consistenti in: qualificazione data all'illecito nel diritto interno, natura del precetto violato e severità della sanzione[37].

Poco dopo la medesima strada veniva intrapresa anche in ambito interno grazie all'azione della Corte Costituzionale che, nel tempo, ha provveduto ad estendere alle sanzioni amministrative garanzie prima di allora limitate al settore penale[38]. Il processo di commistione tra le due aree, ad oggi, ha già interessato: il divieto di retroattività in *pejus*[39]; il principio di sufficiente precisione del precetto sanzionatorio[40]; il principio di retroattività della *lex mitior* [41]; il principio di legalità in senso relativo[42]; il principio di proporzionalità[43].

Quest'ultimo peraltro è stato applicato proprio nell'ambito della medesima vicenda di cui la sentenza in esame rappresenta l'epilogo; tant'è che nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale la Consulta ricalca in gran parte il ragionamento già seguito nella sentenza con cui, dopo aver disposto la separazione del giudizio, dichiarava - questa volta sì, non esistendo ostacoli di origine sovranazionale - la incostituzionalità dell'art. 187-*sexies* t.u.f. nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto[44].

E anche la Corte di Giustizia, dal suo canto, aveva già in passato aderito allo stesso orientamento[45], contribuendo a dare seguito al quel percorso di progressivo superamento della distinzione tra i due modelli sanzionatori[46] oggi confluito nella sentenza in commento.

In secondo luogo è interessante sottolineare come la CGUE, nell'addivenire a tale conclusione, contribuisca ad assicurare la salvaguardia dei diritti fondamentali dei cittadini e rappresenti, per tale via, un esempio virtuoso di collaborazione tra Corti.

È infatti ormai noto che, all'indomani della adozione della Carta di Nizza e, soprattutto, dell'attribuzione ad essa del rango di principi fondamentali dell'UE, è sempre più frequente l'ipotesi in cui un atto interno che violi la Costituzione si ponga in contrasto anche con il diritto dell'UE. Sono i questi i casi di cd. "doppia pregiudizialità" di cui la Corte Costituzionale si è più volte occupata con un andamento non sempre lineare^[47].

Nel caso di specie il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia era stato sollevato dalla stessa Corte Costituzionale. Nell'ordinanza, la Consulta mostrava di conoscere la copiosa giurisprudenza comunitaria che esclude la lesione del diritto di difesa – e dunque, del diritto al silenzio - in conseguenza dell'obbligo posto in capo all'impresa di fornire informazioni in relazione a «*circostanze di fatto suscettibili di essere utilizzate a fondamento di un'accusa formulabile nei suoi confronti*»^[48].

Il rinvio pregiudiziale era suonato pertanto come una sorta di sollecitazione alla CGUE a rimeditare il proprio orientamento e a specificarne meglio la portata applicativa, in maniera non dissimile da quanto già accaduto in passato nella nota vicenda "Taricco"^[49]. E ciò in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, al cui interno le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia.

L'organo europeo, nel dare risposta ai quesiti sottopostigli, ha fatto proprie le considerazioni già svolte dalla Consulta contribuendo così a fornire il proprio apporto in un'ottica di tutela integrata e multilivello dei diritti fondamentali dei cittadini.

A questo punto non sussistono ostacoli alla dichiarazione dell'incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. con effetti *erga omnes*.

Peraltro, sulla portata intertemporale di tali effetti si apre, de *iure condendo*, un'ulteriore problematica che, in ragione dell'attinenza al regime giuridico delle sanzioni punitive, merita di essere rapidamente affrontata.

Com'è noto, la declaratoria di incostituzionalità sancisce la invalidità con effetti *ex tunc*, con la conseguenza che la norma non potrà essere oggetto di applicazione per il futuro e in relazione a tutti i procedimenti *sub iudice*^[50]. Per i casi in cui sia già intervenuto il giudicato invece, il legislatore prevede la cessazione degli effetti della condanna limitatamente alle ipotesi in cui la norma oggetto di incostituzionalità contenga un precetto penale, e non anche allorché si tratti di illeciti amministrativi come nel caso oggetto del giudizio in esame.

Su questo aspetto, potrebbe incidere l'eventuale accoglimento della q.l.c. sollevata dal Trib. di Milano in relazione all'art. 30, co. 4, l. 87/1953^[51], che consentirebbe al giudice dell'esecuzione di sancire la cessazione degli effetti di una sanzione amministrativa (come è appunto quella prevista dall'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f.) in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità della norma relativa al trattamento sanzionatorio, anche quando – similmente a quanto accade nel diritto penale - sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna.

Sarebbe un ulteriore passaggio di avvicinamento dei due statuti disciplinari, in una sorta di effetto domino che sta profondamente riconfigurando i confini dei due settori.

[1] Corte Cost., sentenza n. 112 del 10 maggio 2019. Il presupposto della pronuncia in esame è rappresentato dal riconoscimento della natura punitiva alla confisca, diretta o per equivalente, del prodotto e dei beni utilizzati per commettere il reato cui consegue un sindacato effettuato alla luce del principio di proporzionalità. La circostanza che la stessa si aggiunga ad una sanzione amministrativa pecuniaria a sua volta di rilevante gravità (applicabile oggi fino a cinque milioni di euro) e la mancata graduabilità della stessa (il «prodotto» e i «beni utilizzati» sono infatti confiscabili per intero), conducono a risultati applicativi di gran lunga sproporzionati rispetto agli illeciti in questione. Per un commento della sentenza si rinvia a G. L. Gatta, *Proporzionalità della pena, sanzioni amministrative ed oggetto della confisca in una pronuncia di accoglimento della Corte Costituzionale in materia di insider trading*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; A. Anzon Demming, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, fasc.6.

[2] Corte Cost., ordinanza n. 117 del 10 maggio 2019.

[3] «*Gli Stati membri fissano le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini di cui all'articolo 12*», id est le indagini condotte dall'Autorità competente nell'esercizio delle proprie funzioni sanzionatorie.

[4] «*Fatti salvi le sanzioni penali e i poteri di controllo delle autorità competenti a norma dell'articolo 23, gli Stati membri, conformemente al diritto nazionale, provvedono affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate in relazione almeno alle seguenti violazioni: a) [...]; b) l'omessa collaborazione o il mancato seguito dato nell'ambito di un'indagine, un'ispezione o una richiesta di cui all'articolo 23, paragrafo 2*», cioè nell'ambito dei poteri di controllo e di indagine.

[5] I quali sanciscono rispettivamente il diritto ad un ricorso effettivo e la presunzione di innocenza.

[6] CGUE, sentenza del 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca (cause C-596/16 e C-597/16).

[7] «*Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della CONSOB ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila ad euro duecentomila*», introdotto in sede di trasposizione dell'art. 14, par. 3, dir. 2003/6.

[8] «*Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, è punito ai sensi del presente articolo chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse*», per effetto della modifica introdotta dal decreto legislativo del 3 agosto 2017, n. 129 che dà attuazione all'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014.

[9] Nonostante l'Unione non abbia ancora aderito alla Convenzione, i diritti fondamentali riconosciuti dalla Cedu fanno infatti parte dei principi generali dell'Unione, si v. in tal senso art. 6, par. 3, TUE «*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*». Peraltro, al fine di garantire una necessaria coerenza, i diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu hanno un significato ed una portata identica a questi in ossequio a quanto disposto dall'art. 52, par. 3 della Carta: «*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*». Sulla tutela dei diritti fondamentali in ambito sovranazionale si rinvia a G.M. Flick, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Cassazione Penale*, 2019, fasc. 7, pag. 2401; B. Nascimbene, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2017, fasc. 2, pag. 323; G. Bronzini, *La Cedu e la Carta dei diritti fondamentali. Overlap e distinzioni*, in www.questionegiustizia.it; Id. L'Europa dei rimedi, in A. Guerra e A. Marchili (a cura di), *Europa concentrica*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2016.

[10] Si ripropone il contenuto delle menzionate disposizioni al fine di consentire un più agevole confronto. Da un lato l'art. 47, co. 2 CDFUE «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare*» è in parte coincidente con l'art. 6, par. 1 Cedu «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un*

termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia». Dall'altro l'art. 48 CDUE « Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. 2. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato » ricalca l'art. 6, par. 2 e 3 Cedu: « 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto a : a. essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; b. disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c. difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d. esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all'udienza ».

[11] In tal senso, appaiono significative le sentenze Corte EDU del 21 maggio 2019, Commissione/Ungheria causa C-235/17; del 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a., cause C-511/18, C-512/18 e C-520/18 nonché del 17 dicembre 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a., causa C-336/19.

[12] Cfr. sul punto Corte EDU, 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito.

[13] In particolare, CGUE sentenze del 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca, C-596/16 e C-597/16 nonché del 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate e a., C-537/16.

[14] Nota in tal senso è la vicenda che ha portato alla sentenza Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia.

[15] Si v. in tal senso CGUE sentenze del 18 ottobre 1989, Orkem/Commissione, 374/87; del 29 giugno 2006, Commissione/SGL Carbon, C-301/04 e del 25 gennaio 2007, Dalmine/Commissione, C-407/04.

[16] Nello specifico, la sua formulazione risale ad una massima di Thomas Hobbes. Per una disamina più approfondita del principio nel diritto inglese si rinvia a C. Vettori, *Il diritto al silenzio nell'ordinamento inglese e la giurisprudenza della Corte europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1563 e ss; E. M. Catalano, *Diritto al silenzio, right not to be questioned e tutela dalla autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. pen.*, 2011, 4018 ss.

[17] Sul ruolo del principio *de quo* nel processo penale si rinvia a V. Grevi, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972; G. Illuminati *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1263.

[18] Per un approfondimento sulle modalità di deposizione dell'imputato nel processo penale si rinvia A. M. Chiavario, *Diritto Processuale Penale*, VIII Ed., Torino, 2019; F. Cordero, *Procedura Penale*, IX Ed., Milano, 2012; M. L. Bitonto, *Esame dibattimentale e garanzie difensive dell'imputato*, in *Cass. Pen.*, Fasc.12, 2012, Pag. 4348B; P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, 2006, pag. 611; C. Conti, *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384 c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, Fasc.3, 2002, Pag. 840; A. Balsamo, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. Pen.*, fasc.1, 2002, pag. 387.

[19] Come si evince dall'ord. n. 117/2019, pt. 1 del "Considerato in diritto", la q.l.c. era stata sollevata: per quanto attiene all'ambito interno, in relazione agli artt. 24, co. 2 Cost., 111, co. 2 Cost.; con riferimento all'ambito sovranazionale ed europeo, in rapporto all'art. 6 CEDU, all'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e agli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, questi ultimi pure suscettibili di determinare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. In tale contesto dunque non verrebbero in rilievo gli artt. 13 e 27, co. 2 Cost. in quanto applicabili solo ai procedimenti penali in senso stretto.

[20] Così P. Moscarini, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 1080 e ss.; V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 81; V. Grevi, *Nemo tenetur se detegere*, cit., p. 46.

[21] Sul concetto di controlimiti v., *ex multis*, E. Albanesi, *Che cosa il caso Taricco ha insegnato alla Corte Costituzionale. Un nuovo rinvio pregiudiziale a fronte dei controlimiti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2020, pag. 425; C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018; M. Luciani, *Intelligenti Pauca. Il Caso Taricco Torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2017, pag. 535; A. Anzon Demming, *La Corte Costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte Europea di Giustizia l'onere di farne applicazione, bilanciando esigenze Europee*

e istanze identitarie degli Stati Membri, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2017, pag. 507; A. Celotto – T. Groppi, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.6, 2004, pag. 1309.

[22] Si v. in tal senso G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1975; V. Grevi, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, 7; M. Chiavario, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1089; P. P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 68 ss.

[23] Così O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 63; P. Moscarini, *Silenzi dell'imputato*, cit., p. 1083.

[24] P. Moscarini, *Silenzi dell'imputato*, cit., p. 1082.

[25] Per un'analisi approfondita della direttiva in esame si rinvia a S. Lamberigts, *The Directive on the Presumption of Innocence*, in *EU Crim*, 1/2016, p. 36.

[26] Cfr. in questo senso Corte Edu, sent. 25 febbraio 1993, ric. n. 10588/83, Funke c. Francia; sent. 8 febbraio 1996, ric. 18731/91, Murray c. Regno Unito; sent. 29 giugno 2007, ric. n. 15809/02, O'Halloran e Francis c. Regno Unito; sent. 5 aprile 2012, ric. n. 11663/04, Chambaz c. Svizzera; e, da ultimo Corte Edu, sent. 13 settembre 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, Ibrahim e a. c. Regno Unito.

[27] Corte Cost., ord. n. 117/2019, pt. 7.

[28] Sulla natura punitiva delle sanzioni *de quibus*, v. Corte Cost sentenze n. 63 del 2019, n. 223 del 2108 e n. 68 del 2017.

[29] CGUE, sent. 2 febbraio 2021, pt. 36-40.

[30] CGUE, sent. 2 febbraio 2021, pt. 42-43.

[31] CGUE, sent. 2 febbraio 2021, pt. 44.

[32] Sul rapporto tra illecito amministrativo ed illecito penale, nonché sulle conseguenze in materia di *ne bis in idem*, si rinvia a E. Basile, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2019, pag. 129; F. Viganò, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, pp. 206-210; P. Monalenti, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.3, 2015, pag. 478; G.M. Flick, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Rivista delle Società*, fasc.5, 2014, pag. 953; A. Natalini, *Lungo i confini (incerti) del market abuse - Duplicazioni sanzionatorie a rischio caos - Dagli ermellini un criterio discrezionale che aiuta a fare chiarezza*, in *DeG - Dir. e giust.*, fasc.22, 2006, pag. 96.

[33] CGUE, sent. 2 febbraio 2021, pt. 46-48. Sul punto la CGUE recepisce le indicazioni già fornite dall'Avvocato Generale Pikamäe nelle sue conclusioni del 27 ottobre 2020.

[34] Per un approfondimento, si rinvia a A. Giannelli, *Giudice ordinario e decisione amministrativa*, in *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, fasc. 3, 2020; F. Trimarchi Banfi, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 1, 2019; C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 3, 2019; F. Tirio, *Le garanzie nei procedimenti sanzionatori della Consob dopo la sentenza Grande Stevens e le successive modifiche regolamentari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2018; F. Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2013; M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, 2002; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 1996.

[35] CGUE, sent. 2 febbraio 2021, pt. 41.

[36] Sulla tematica si rinvia a F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; Id., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 1 ss; Id., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*,

Torino, 2015; Id, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, fasc.2, 2014, pag. 337; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica Napoli, 2017; P. Cerbo, *La nozione di sanzione amministrativa e la disciplina applicabile*, in A. Cagnazzo - S. Toschei - F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016; W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, 2016, pp. 187 ss.; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016.; M.A. Sandulli, *Sanzioni non pecuniarie della pa*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Roma, 2015; M. Allena, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, pp. 1053 ss.; Id, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e prevedibilità*, in *www.federalismi.it*; B. Randazzo, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionale italiana, spagnola e portoghese* (Madrid, 13-15 ottobre 2011), in *www.cortecostituzionale.it*

[37] Sul punto cfr., *ex multis*, sentenza Corte EDU del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16. Tali criteri, a ben guardare, sembrerebbero confluire nel parametro dell'afflittività e ciò conformemente alla nozione di sanzione in senso stretto accolta in ambito interno. Su tale nozione, si rinvia a M.A. Sandulli, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, Jovene, 1981; A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983.

[38] Si noti peraltro come già da tempo la dottrina aveva sottolineato le criticità derivanti dalla mancata previsione, nell'ambito della disciplina generale delle sanzioni amministrative dettata dalla legge n. 689/1981, di talune delle garanzie proprie del diritto penale. Cfr. sul punto M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, Jovene, 1983, p. 82.

[39] Corte Cost. sentenze nn. 223 del 2018, 68 del 2017, 276 del 2016, 104 del 2014 e 196 del 2010.

[40] Corte Cost. sentenze nn. 78 del 1967 e 121 del 2018.

[41] Corte Cost. sentenza n. 63 del 2019.

[42] Corte Cost. sentenza n. 5 del 2021.

[43] Corte Cost. sentenza n. 112 del 2019.

[44] Cfr., in particolare, Corte Cost. sentenza n. 112 del 2019 pt. 8.2-9. V. *supra* nota n. 2.

[45] Nello stesso senso, v. CGUE sentenze del 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15 e *Garlsson Real Estate*, C-537/16; del 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, C-596/16 e C-597/16.

[46] Così S. Licciardello, *I principi che governano la irrogazione delle sanzioni amministrative*, in A. Cagnazzo - S. Toschei - F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, pp. 80 e ss.

[47] A riguardo, appare il caso di ricordare come in un primo momento la Corte avesse ritenuto prioritaria la proposizione della q.l.c. e ciò al fine di garantire il sindacato accentrato di Costituzionalità sancito dall'art. 134 Cost. (cfr. in tal senso Corte Cost. sentenza n. 269 del 2017). A distanza di appena due anni, il medesimo organo sembrava fare un passo indietro nella misura in cui, pur confermando la propria competenza ad esaminare nel merito questioni di legittimità sollevate con riferimento sia a parametri interni sia europei, riconosceva comunque «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, anche dopo l'eventuale giudizio incidentale di legittimità costituzionale» con l'effetto di (così Corte Cost. sentenza n. n. 63 del 2019, punto 4.3 del Considerato in diritto). Sul tema della “doppia pregiudizialità” si rinvia a A. Ruggeri, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, in *www.federalismi.it*, 24 febbraio 2021; S. Manacorda, *“Doppia pregiudizialità” e Carta dei Diritti Fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione Europea nell'era del disincanto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, fasc. 2, pag. 572; A. Anzon Demming, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei “controlimiti”*, in *Forum Quaderni Costituzionali, Consulta on line*.

[48] Corte Cost., ordinanza n. 117/2019, pt. 9.1. Tra i precedenti richiamati dalla Corte Cost., v. CGUE sentenze del 18 ottobre 1989, causa C-374/97, *Orkem*; del 29 giugno 2006, causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*.

[49] Sulla questione si rinvia, *ex multis*, F. Viganò, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. (“Taricco II”)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.4, 2017, p. 1281.

[50] Così art. 30, legge 11 marzo 1953, n. 87.

[51] Trib. Milano, ord. n. 887/2019 SIGE, con cui è stata sollevata la q.l.c. dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953 nella parte in cui «non consente al giudice dell'esecuzione di rideterminare una sanzione amministrativa accessoria – la cui applicazione è demandata al giudice penale, unitamente alle sanzioni penali – oggetto di una declaratoria di illegittimità che ne abbia mutato di fatto la disciplina».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1555 - 16 febbraio 2021

Poteri impliciti delle Autorità indipendenti e principio di legalità. Il potere di accertamento della Consob (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, 14 dicembre 2020, n. 7972)

di Giovanni Barozzi Reggiani

Sommario: 1. Considerazioni introduttive - 2. La vicenda processuale (in breve) - 3. Principio di legalità e poteri («espliciti» e «impliciti») delle Autorità indipendenti - 4. I poteri impliciti e il tema della strumentalità - 5. Ruolo e funzioni della Consob - 6. Il potere esercitato nel caso concreto e la sua qualificabilità in termini di potere implicito - 7. La violazione delle garanzie partecipative di *Vivendi* e Telecom - 8. Note conclusive.

1. Considerazioni introduttive

La sentenza che si commenta offre lo spunto per operare una riflessione sul tema dei «poteri impliciti» delle Autorità amministrative indipendenti (nel caso di specie, della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Consob) [\[1\]](#),

Dopo aver preliminarmente sinteticamente ricostruito i fatti del giudizio, che ha visto contrapposte la società francese *Vivendi Société Anonyme SA*, Telecom Italia S.p.A. e la Consob in relazione alla qualificabilità della prima quale società controllante della seconda, verranno sinteticamente ricordate le diverse ricostruzioni dottrinarie poste a fondamento della teoria dei poteri impliciti valutando alla luce di queste la soluzione data dalla Consob nel caso di specie.

2. La vicenda processuale (in breve)

Il contendere sorgeva attorno ad un atto («comunicazione») della Consob - impugnato dinanzi al T.a.r. di Roma, con separati ricorsi (poi riuniti), tanto da *Vivendi* quanto da Telecom Italia S.p.A. - avente ad oggetto «*qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia S.p.A. ai sensi della disciplina in materia di operazioni correlate, dell'art. 2359 del codice civile e dell'art. 93 del D.lgs 58/1998 ("TUF")*»[2].

A mezzo della comunicazione in parola - adottata all'esito di un procedimento avviatosi a seguito di specifico quesito posto dal Collegio Sindacale di Telecom[3] - la Consob veniva sostanzialmente a riconoscere a *Vivendi* la natura di socio controllante della stessa Telecom, in ragione della posizione dominante che la prima era venuta ad assumere a seguito di un'assemblea dei soci della seconda (tenutasi il 4 maggio 2017) nell'ambito della quale - tra le altre cose - il consiglio di amministrazione di Telecom era stato rinnovato con consiglieri tratti in larga maggioranza (10 su 15) dalla lista presentata da *Vivendi* (presente in assemblea con il 23,94% del capitale, mentre il capitale con diritto di voto presente era pari al 58,75%) risultata la più votata[4].

Sulla base di quanto accaduto nella predetta assemblea, degli assetti societari venuti definendosi all'esito della stessa nonché di un'altra (articolata) serie di circostanze fattuali (una, particolarmente rilevante, concernente la configurabilità o meno di una situazione di direzione e controllo di *Vivendi* nei confronti di Telecom[5]) la Consob veniva ad affermare come *Vivendi* esercitasse «*il controllo di fatto su TIM ai sensi dell'art. 2359 c.c. e ai sensi dell'art. 93 del TUF, nonché ai sensi della disciplina parti correlate*»[6]; ciò veniva effettuato, dall'*Authority*, non già nell'ambito di un procedimento più ampio (regolatorio, autorizzatorio, di vigilanza o sanzionatorio) bensì "in via autonoma", vale a dire mediante apposito procedimento sfociato in un atto che i Giudici di primo e secondo grado avrebbero definito di «accertamento»[7] (di atto «*di regolazione con funzione di accertamento*» ha parlato specificamente il Consiglio di Stato).

Avverso la «comunicazione» della Consob insorgevano *Vivendi* e Telecom, articolando diversi motivi di ricorso, dei quali preme, in questa sede, analizzarne esclusivamente due, concernenti:

(a) la contestazione circa l'assenza di un fondamento (normativo) per il potere esercitato, con conseguente affermata violazione dei principi di legalità (formale e sostanziale) e di tipicità che governano la funzione amministrativa (quale attività che si estrinseca nell'esercizio di un potere pubblico);

(b) l'avvenuta pretermissione delle garanzie di partecipazione procedimentale di *Vivendi* e Telecom, da parte di Consob, e in specie la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento conclusosi con l'adozione della citata comunicazione.

In primo grado, il ricorso veniva integralmente rigettato dalla Seconda Sezione del T.a.r. del Lazio (Roma), con sentenza (17 aprile 2019, n. 4990) che veniva riformata in grado di appello in riferimento al profilo concernente la violazione delle garanzie procedurali delle società ricorrenti.

Sui passaggi della motivazione della sentenza in commento concernenti entrambi i predetti profili si tornerà nel prosieguo, non prima però di aver effettuato un sintetico (ma necessario) inquadramento del tema dei poteri impliciti e del rapporto tra i medesimi ed il principio di legalità, nonché delle prerogative e del ruolo della Consob.

3. Principio di legalità e poteri («espliciti» e «impliciti») delle Autorità indipendenti

Non costituiscono argomento nuovo le perplessità e i dibattiti che la nutrita schiera di poteri attribuiti dalle varie leggi istitutive alle diverse Autorità indipendenti ha suscitato, in dottrina e in giurisprudenza, riguardo alla compatibilità del modello con il principio di legalità - e, più ampiamente, con quello democratico di cui all'art. 1 Cost. - nonché con la stessa "separazione dei poteri", cardine di ogni società ed ordinamento moderno^[8].

Se appare arduo giustificare l'attribuzione ad organismi non inseriti nel circuito di responsabilità politico-ministeriale (ai sensi dell'art. 97 Cost.) di poteri suscettibili di incidere unilateralmente sulle sfere giuridiche di persone fisiche o enti, ancor più difficile è rinvenire argomenti per legittimare l'esercizio, da parte di organismi consimili, di poteri non "nominati", disciplinati e tipizzati da disposizioni normative^[9].

Gli atti delle Pubbliche amministrazioni che configurano estrinsecazione di un potere devono infatti - per regola generale - da un lato trovar fondamento in disposizioni normative, dall'altro risultare strumentali a conseguire le finalità individuate (sempre da norme) ed essere esercitati nel rispetto delle regole procedurali^[10]. La Pubblica amministrazione è tenuta a perseguire l'interesse pubblico alla stessa affidato (pur essendo titolare di sfere più o meno ampie di discrezionalità sulla scelta dell'*an*, del *quando* e del *quomodo* del provvedere) e, nel fare ciò, non può utilizzare uno strumento o un potere di cui dispone per finalità diverse da quelle per le quali l'uso di detto strumento o potere è previsto (pena il sorgere di profili di illegittimità dell'attività e dei provvedimenti che ne costituiscano eventualmente estrinsecazione, nei termini della più antica declinazione dell'eccesso di potere rappresentata dal c.d. «sviamento»^[11]) né tantomeno esercitare il potere secondo modalità diverse da quelle previste dalle norme o, a maggior ragione, "inventarsi" un potere o una funzione (che risulterebbero addirittura affetti da nullità per carenza assoluta di attribuzione)^[12].

A dispetto di quanto sopra - e della presenza di tale regola generale che affonda le proprie radici in disposizioni e principi costituzionali - i poteri impliciti delle Pubbliche amministrazioni sono una realtà ben presente nel nostro ordinamento e riconosciuta, come legittima, da gran parte della dottrina e della giurisprudenza; una realtà, tuttavia, che - lo si dirà meglio nel prosieguo - ha posto non pochi problemi e interrogativi, che si fanno ancor più delicati in riferimento a quella particolarissima tipologia di funzione amministrativa costituita dalla regolazione (nelle sue varie declinazioni^[13]) vale a dire quella attività a mezzo della quale un organismo - solitamente un'Autorità indipendente - detta regole concernenti il funzionamento di uno specifico settore, in riferimento a determinati aspetti, e che quindi risulta "pericolosamente" vicina alla normazione (prerogativa, quest'ultima, degli organi politici o comunque rappresentativi^[14]).

In riferimento alla funzione regolatoria, il "*surplus*" di problematicità è dovuto alla constatazione che rispetto alla stessa si rinvenivano norme "attributive" - di poteri e funzioni ad organismi - connotate da un grado solitamente alto di genericità: non di rado, tali norme si limitano a individuare gli obiettivi che l'attività dell'organismo deve perseguire e a delineare le funzioni e i poteri dello stesso, senza tuttavia dettagliare questi ultimi^[15].

Trattasi di uno schema ordinario per quanto concerne la regolazione, che si giustifica principalmente in ragione dell'esigenza di garantire l'effettività e l'efficacia della medesima: una predeterminazione normativa eccessivamente rigida circa presupposti e modalità di

esercizio del potere regolatorio può tradursi infatti in un vincolo troppo forte per il soggetto che ha la titolarità dello stesso (che qui chiameremo genericamente «Regolatore»), con sostanziale svuotamento della funzione e venir meno della stessa *ratio* del conferimento del potere[16], il quale, per avere senso e significato, richiede che il Regolatore medesimo possa “scrivere le regole” del proprio settore effettuando valutazioni e scelte connotate da un alto grado di discrezionalità (amministrativa o tecnica)[17].

L'attività regolatoria, dunque, non può esercitarsi, a cagione delle sue caratteristiche intrinseche, a mezzo di schemi e modelli predeterminati e “tipici”. L'ampiezza e la “genericità” degli obiettivi da perseguire - cui si collega un'attribuzione ampia di poteri, caratterizzati da un grado di discrezionalità (sia essa amministrativa o tecnica) piuttosto elevato - impone il conferimento dei poteri medesimi a mezzo di disposizioni normative che non siano formulate con un grado di eccessivo dettaglio (che sarebbe suscettibile di paralizzare le funzioni e di vanificare l'effettività e l'efficacia delle stesse).

Ne consegue ciò che parte della dottrina ha definito in termini di «caduta», altra di «deroga», altra ancora di «dequotazione»[18] del principio di legalità (riferito all'esercizio della funzione), problema rispetto al quale l'elaborazione tanto dottrinale quanto giurisprudenziale si è ormai rassegnata a constatare l'impossibilità di fornire una soluzione definitiva, se non in termini di ricerca e messa a punto di strumenti di compensazione.

Il *vulnus* al principio di legalità che tanto la regolazione (per sua stessa natura) quanto il riconoscimento ad Autorità indipendenti di poteri impliciti determina non può essere sanato, se non al prezzo di rendere ineffettiva e inefficace l'attività delle Autorità stesse, potendo al più essere compensato: e detta compensazione - una volta constatata l'impossibilità di imbrigliare i poteri delle *Authorities*, e di quelle di regolazione in particolare, all'interno di una predeterminazione rigida di presupposti, condizioni, e modalità di esercizio dei poteri stessi - può avvenire solo a mezzo di un'implementazione degli istituti partecipativi (rafforzamento della c.d. «legalità procedimentale»)[19]; non è certo un caso che, rispetto alle funzioni delle Autorità indipendenti (e di quelle di regolazione in particolare), il legislatore abbia previsto, spesso a ciò “delegando” le Autorità stesse, la messa a punto di istituti partecipativi particolarmente «avanzati», che prevedono schemi riconducibili al «*notice and comments*»[20] ovvero ad istituti ancora più “inclusivi”.

Ai soggetti che, a vario titolo, vengano a rapportarsi con poteri regolatori - quali diretti destinatari degli stessi o operatori di uno specifico settore regolato - ovvero con poteri «impliciti», deve dunque essere garantita una partecipazione procedimentale effettiva: se tale partecipazione non è assicurata, viene meno quell'elemento di compensazione della dequotazione del principio di legalità sostanziale che secondo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinario maggioritario (anche se non pacifico) costituisce l'unico accettabile compromesso di ammissibilità riguardo all'attribuzione di funzioni regolatorie - difficilmente predeterminabili e “imbrigliabili” a priori e per via normativa - ed al riconoscimento della titolarità di poteri impliciti - “atipici” e “innominati” per definizione - ad Autorità politicamente irresponsabili (come quelle indipendenti)[21].

4. I poteri impliciti e il tema della strumentalità

Si è detto che dottrina e giurisprudenza riconoscono ormai senza troppe incertezze l'esistenza e l'ammissibilità, in termini di legittimità, di poteri impliciti in capo alle Autorità

amministrative indipendenti: esigenza che secondo alcuni Autori sarebbe addirittura “imposta” dalla genericità e dalla indeterminatezza che caratterizza molte norme attributive di poteri (specie regolatori)[22].

L'esercizio di poteri impliciti è però ritenuto legittimo solo al ricorrere di specifici presupposti, uno dei quali concerne la *strumentalità* di tali poteri.

In pressoché tutti gli studi e i contributi che si sono occupati di «poteri impliciti» si rinviene infatti l'affermazione secondo la quale poteri consimili, per poter essere considerati ammissibili e legittimi, devono mostrare un collegamento con “qualcosa” di esplicito; tale collegamento viene normalmente declinato (appunto) in termini di strumentalità: poteri innominati non possono esistere di per sé - tantomeno essere esercitati - ma solo se ed in quanto strumentali a “qualcos'altro”.

Dato ciò per condiviso, è sul “complemento di termine” dell'essere strumentale dei poteri impliciti che si registra, in dottrina, qualche oscillazione.

Ed infatti, una prima declinazione (che potremmo definire “forte” o “radicale”) della teoria dei poteri impliciti - della quale si rinvengono tracce in ambito europeo[23] - richiede, quale condizione di legittimo esercizio degli stessi, la sussistenza di un nesso di strumentalità tra il singolo potere (implicito) che viene in rilievo e gli obiettivi e le finalità attribuite dalle norme alla singola Autorità amministrativa. A quest'ultima, in altre parole, dovrebbe riconoscersi la titolarità di tutti quei poteri, anche non espressamente riconosciuti e tipizzati dalle norme, che risultino funzionali al conseguimento delle finalità alla stessa assegnate.

Secondo altra impostazione, più restrittiva, la strumentalità, quale caratteristica e condizione di legittimità dell'esercizio di poteri impliciti, dovrebbe invece essere valutata non già (o comunque non solo) in relazione alle finalità attribuite ad una specifica Autorità amministrativa, bensì, e soprattutto, in riferimento ai poteri espressamente riconosciuti da disposizioni normative all'Autorità stessa (e che potremmo chiamare «espliciti»). E' stato in questo senso affermato che *«implicito può essere definito quel potere autoritativo amministrativo che, pur non previsto dalla legge, corre però “parallelamente” ad un potere autoritativo tipico viceversa espressamente conferito da una norma ad un organo amministrativo, e che è legato da un nesso di “strumentalità” con l'oggetto materiale e con l'interesse pubblico cui si riferisce il potere esplicito [...] In altri termini, condizione essenziale perché possa parlarsi di un potere implicito è, da un lato, che esso sia logicamente e teleologicamente necessario per consentire di portare a compimento la funzione affidata all'organo amministrativo dalla norma attributiva del potere tipico e, dall'altro, che sia da escludersi con sicurezza che esso sia previsto dalla norma stessa, anche se ricavabile in via deduttiva dalle espressioni vaghe da questa impiegate o comunque con interpretazione di tipo estensivo»*[24].

In ossequio alla ricostruzione da ultimo descritta, dunque, l'ammissibilità - in termini di legittimità - di un potere non espressamente attribuito e tipizzato da una disposizione normativa (dunque implicito) richiede che lo stesso sia strumentale al più effettivo ed efficace esercizio di un potere «esplicito» (ovvero codificato).

Trattasi di differenza di impostazione di non poco conto: come è infatti immediatamente percepibile, dall'adesione all'una piuttosto che all'altra tesi discendono conseguenze di non secondario rilievo circa l'ampiezza del novero dei poteri (impliciti) che devono essere ritenuti ammissibili e quindi legittimamente esercitabili dalla specifica Autorità di cui si tratta.

A livello di ordinamento interno, è la seconda delle tesi esposte che sembra poter trovare cittadinanza: l'ammissibilità di poteri impliciti in capo ad un'Autorità amministrativa può in questo senso sostenersi solo nella misura in cui gli stessi risultino strumentali all'esercizio di un potere e di una funzione espressamente previsti e attribuiti da una norma.

In tale ipotesi, infatti, il principio di legalità, benché parzialmente vulnerato, non viene del tutto pretermesso: lo specifico potere implicito individuato viene ritenuto legittimo e ammissibile in quanto elemento e condizione di effettività dell'esercizio di una funzione espressamente attribuita, a sua volta strumentale al conseguimento delle finalità individuate dalla legge. Il potere implicito che viene in rilievo, pur suscettibile di essere autonomamente considerato e inquadrato, risulta così comunque riconducibile ad un potere «esplicito», rispetto al quale è possibile individuare un riferimento normativo espresso.

L'Autorità amministrativa che faccia ricorso ad un potere implicito, in tale ipotesi, non effettua un'operazione di "auto-conferimento" di prerogative e non ricorre a mezzi e strumenti del tutto estranei al complesso delle proprie attribuzioni, ma si limita a svolgere un'attività o a compiere un atto la cui effettuazione (o adozione) risulta necessaria all'esercizio effettivo di altra propria (espressamente attribuita) prerogativa.

Laddove accedessimo invece alla tesi più ampia e radicale - quella che, vale a dire, è propensa a riconoscere l'ammissibilità, in termini di legittimità, di quei poteri impliciti per i quali si rinvenga un nesso di strumentalità rispetto non già ad un altro potere (esplicito) bensì al complesso degli obiettivi da perseguire e degli interessi da tutelare - finiremmo per legittimare una pretermissione pressoché totale del principio di legalità, e una sorta di "auto-attribuzione" di poteri sganciata da qualsiasi collegamento (fosse anche minimo) con un dato normativo specifico, e rispetto al quale l'Amministrazione procedente finirebbe per sostituirsi all'attività di ponderazione di interessi compiuta dal legislatore, ovvero per affiancare a questa una propria ponderazione, con la prima in potenziale conflitto.

Quello di cui sopra non pare assunto condivisibile, anche perché il modello che esso delinea si pone in contrasto (non sanabile e difficilmente "compensabile") oltre che con il principio democratico e con quello di legalità, con altri principi e norme costituzionali (si pensi all'art. 23 Cost.^[25] e alle disposizioni che definiscono l'architrave della tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione^[26]).

La strumentalità - e comunque il collegamento - di un potere implicito rispetto ad uno o più poteri "espliciti" costituisce dunque un elemento che appare irrinunciabile, se non a prezzo di slegare l'esercizio del potere pubblico da qualsiasi riferimento normativo, il che non appare accettabile^[27].

Ed è proprio sul se l'accertamento disposto a mezzo della comunicazione citata la Consob abbia inteso esercitare un potere implicito e se detto potere risulti strumentale (o meno) all'esercizio di altri poteri "espliciti" che si sono incentrate le riflessioni dei Giudici di primo e secondo grado, per meglio inquadrare le quali verrà ora effettuata una rapida ricostruzione degli scopi e delle prerogative dell'Autorità.

5. Ruolo e funzioni della Consob

La Consob, in ragione del prestigio riconosciutole e del posto che occupa nel panorama istituzionale italiano, non ha certo “bisogno di presentazioni”: trattasi di Autorità amministrativa indipendente, istituita nel 1974[28], chiamata a svolgere, in riferimento ai mercati mobiliari, numerose ed eterogenee funzioni: di regolazione, di vigilanza e controllo[29], autorizzatorie[30] o approvative[31], sanzionatorie e para-giurisdizionali[32].

Rispetto ad essa, ed al suo ambito di attività, è possibile individuare e tracciare - da una prospettiva che potremmo definire “spaziale” - una sorta di perimetro esterno; operazione che risulta fondamentale nella misura in cui è rispetto a detto ambito di attività che trovano applicazione le specifiche regole frutto dell’attività regolatoria dell’Autorità (e si individua l’estensione spaziale del “settore regolato”) e si estrinsecano gli altri poteri di cui essa è titolare: si rinvencono in tal senso attività e soggetti che definiamo “regolati” - in quanto sottoposti a tutta o parte della regolazione della Consob - ed altre attività o soggetti che, pur non dovendo rispettare la regolazione di settore (e non potendo quindi essere formalmente qualificati quali “soggetti regolati”), sono comunque tenuti a osservare procedure o condotte, effettuare adempimenti o rispettare obblighi ai sensi delle disposizioni normative di riferimento e, nel fare ciò, a interfacciarsi a vario titolo con la Consob medesima.

E’ in riferimento a tale assetto che dobbiamo qui inquadrare l’istituto del “controllo societario”, che configura uno dei fattori che determina l’appartenenza di un soggetto o di un’attività al perimetro e all’ambito di operatività, anche regolatorio, della Consob.

La sussistenza di una situazione di controllo è, in particolare, rilevante ai sensi e quale presupposto applicativo di diverse disposizioni del T.U.F. che disciplinano funzioni e poteri dell’Autorità nonché, per quanto maggiormente interessa, relativamente all’applicazione della speciale disciplina concernente le operazioni «con parti correlate». Trattasi di disciplina che contempla diversi istituti, nonché specifici obblighi di condotta - previsti da varie norme (tra cui disposizioni dello stesso T.U.F.) e da specifiche disposizioni regolatorie, ed in specie dal Regolamento[33]«Operazioni con parti correlate», di cui alla delibera Consob n. 17221 del 12 marzo 2010, più volte modificato, da ultimo a mezzo della recentissima delibera 10 dicembre 2020[34] - volti fondamentalmente a garantire la trasparenza di talune operazioni ed attività, rilevanti per gli equilibri del mercato finanziario di riferimento e per la tutela degli interessi dei consumatori[35].

Con specifico riferimento alla regolazione di settore, giova rilevare che il citato Regolamento Consob fino a pochi giorni orsono elencava in uno specifico Allegato - (Allegato 1), cui faceva rinvio l’art. 3, lettera a) del Regolamento (recante “parti correlate” e “operazioni con parti correlate”) - le varie tipologie di «*parti correlate*», fra le quali annoverava ogni soggetto che «(a) direttamente, o indirettamente, anche attraverso società controllate, fiduciari o interposte persone: (i) controlla la società, ne è controllato, o è sottoposto a comune controllo; (ii) detiene una partecipazione nella società tale da poter esercitare un’influenza notevole su quest’ultima; (iii) esercita il controllo sulla società congiuntamente con altri soggetti; (b) è una società collegata della società».

Una recente novella (del dicembre 2020) ha eliminato il riferimento all’Allegato 1 contenuto nel predetto art. 3, lettera a), sostituendolo con un richiamo ai «*principi contabili internazionali adottati secondo la procedura di cui all’art. 6 del regolamento (CE) n. 1606/2002*», nei quali si rinvencono parimenti riferimenti alla nozione di controllo[36].

La sussistenza di una situazione di controllo societario è dunque elemento suscettibile di attribuire ad un soggetto la qualifica di «parte correlata», e quindi di costituire presupposto “applicativo” della disciplina regolatoria di settore nonché fattore di riconducibilità di un’attività o di un soggetto all’ambito di operatività della Consob.

Sul piano oggettivo, la disciplina del Regolamento in parola è volta ad assicurare «*la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate realizzate direttamente o per il tramite di società controllate*»[37]. A tali fini, il Regolamento prevede in capo ai soggetti che effettuino operazioni con «parti correlate» (tra le quali, come detto, figurano le società controllate e controllanti) il sorgere di alcuni obblighi (principalmente informativi, specie in favore del pubblico, e comunque volti a garantire la trasparenza delle operazioni[38]), rispetto ai quali alla Consob sono riconosciuti poteri di vigilanza (con la possibilità per la stessa di richiedere informazioni e documenti, nonché eseguire ispezioni)[39] oltre che inibitori (con finalità cautelative rispetto alle ripercussioni che operazioni non trasparenti e informazioni non corrette potrebbero produrre sul mercato e sui consumatori)[40].

Costituisce dunque - quella concernente la qualifica di un soggetto quale “parte correlata” e, per esso, della sussistenza di una situazione di controllo societario - attività per la quale si rinviene certamente un nesso di strumentalità con taluni compiti e poteri della Consob, configurando anzi la medesima un vero e proprio presupposto di esercizio dei descritti poteri e delle accennate funzioni (oltre a costituire elemento suscettibile di incidere sulla sfera giuridico/economica del soggetto che vede attribuirsi detta qualifica, con il conseguente sorgere di uno specifico interesse a ricorrere avverso l’atto attributivo della qualifica medesima).

6. Il potere esercitato nel caso concreto e la sua qualificabilità in termini di potere implicito

Le considerazioni di cui sopra portano a chiedersi se, nel caso di specie, la Consob - nell’adottare un atto contenente l’accertamento, e la conseguente “qualificazione”, della posizione di *Vivendi* quale socio controllante di Telecom - abbia o meno esercitato un «potere implicito», alla stessa non espressamente conferito dalla legge (e dunque necessariamente “atipico” e “innominato”).

Giova evidenziare che, come accennato in apertura di contributo, in senso affermativo si è espresso il Consiglio di Stato, che ha argomentato tale affermazione prendendo le mosse da una precisa e colta ricostruzione della teoria dei poteri impliciti per poi effettuare una illustrazione delle ragioni per le quali poteri consimili dovessero ritenersi sussistenti nel caso di specie.

Al fine di commentare le conclusioni del Collegio - e formulare un giudizio concernente la condivisibilità o meno delle stesse - occorre brevemente richiamare le due impostazioni (in precedenza illustrate) che si rinvergono, nel panorama dottrinale, in riferimento ai poteri impliciti, e cercare di comprendere se e a quale di esse il Collegio abbia inteso aderire.

Sul punto, il primo rilievo che occorre effettuare concerne il fatto che i Giudici hanno chiaramente sottolineato come il potere esercitato dalla Consob (avente ad oggetto «*la definizione e le modalità applicative di un concetto, quale è quello relativo al controllo di fatto societario*» ed

espresamente definito “implicito”) non fosse risultato prodromico (e quindi strumentale) «*all'esercizio di altri specifici poteri*» (punto 4.1 della sentenza).

Trattasi di elemento piuttosto rilevante, specie in considerazione della centralità che, come detto, al tema della “strumentalità” deve essere riconosciuta nell’ambito della teoria dei poteri impliciti.

Secondo i Giudici, la legittimità (ammissibilità) dell’accertamento della sussistenza di una situazione di controllo societario in capo a *Vivendi*, e della deduzione di tale accertamento/qualificazione in un atto *ad hoc*, doveva ricavarsi «*dall'intero impianto normativo e dalla stessa funzione generale che il legislatore ha inteso assegnare alla Consob*» (punto 4.2 della sentenza in commento). Si sarebbe trattato di un potere definito di «regolazione dichiarativa», il cui esercizio sarebbe stato funzionale a fornire “certezza giuridica” alle stesse Società ricorrenti ed in generale agli operatori economici del settore (nonché ai consumatori), nell’ottica di «*assicurare il corretto funzionamento del mercato finanziario e l'interesse generale degli investitori e dei risparmiatori*» (punto 4.1).

Così definite le coordinate ermeneutiche, una interpretazione particolarmente - forse eccessivamente - aderente al tenore letterale della motivazione (si richiamano gli elementi testuali appena citati) indurrebbe a ritenere che il Consiglio di Stato abbia inteso riferirsi a quell'impostazione “forte” o “radicale” della teoria dei poteri impliciti che postula come necessario (ma al contempo sufficiente) un nesso di strumentalità tra il potere non codificato e l'obiettivo o la finalità assegnati alla singola Autorità amministrativa che viene in rilievo (la Consob, nel nostro caso).

Il potere «*di regolazione con funzione di accertamento*» esercitato dalla Consob sarebbe stato, nel caso di specie, direttamente preordinato a conseguire due delle diverse finalità assegnate all'*Authority* - la garanzia del corretto funzionamento del mercato finanziario e l'interesse generale degli investitori e dei risparmiatori - mediante produzione di effetti di «certezza» nei confronti degli operatori del mercato^[41]: un potere, dunque, volto a fornire in via autonoma e diretta tutela a beni giuridici e interessi, e non a garantire l'efficacia e l'effettività di altri poteri della medesima Consob (dunque apparentemente non strumentale all'esercizio di questi ultimi).

Se questa fosse l'interpretazione corretta da attribuire al passaggio della motivazione in oggetto (ma, si ritiene, è possibile avanzarne anche una diversa, come si illustrerà nell'immediato prosieguo) la sentenza si esporrebbe a critiche, dal momento che l'apparato argomentativo della stessa risulterebbe riconducibile a quella declinazione ampia della teoria dei poteri impliciti che, come si diceva, non pare ammissibile nel nostro ordinamento, in quanto troppo sacrificante per il principio di legalità (che verrebbe in larga misura pretermesso) anche perché suscettibile - in astratto - di legittimare un proliferare di poteri atipici e innominati.

Da tale interpretazione, in sostanza, discenderebbe il riconoscimento, in capo alla Consob, del potere di adottare un atto volto (in via se non esclusiva quantomeno principale) a fornire certezze agli operatori del settore - mediante accertamento e attribuzione (all'accertamento conseguente) di una specifica qualifica - potere che sarebbe di per sé, ed autonomamente, funzionale a perseguire gli interessi e gli obiettivi alla stessa Consob affidati dalle disposizioni normative di riferimento; il nesso di strumentalità legherebbe dunque direttamente il potere

esercitato e i predetti obiettivi, e configurerebbe pertanto adesione a quella che in precedenza abbiamo definito declinazione “radicale” della teoria dei poteri impliciti, che appare difficilmente compatibile con il nostro assetto ordinamentale.

Della suscettibilità di una simile impostazione a esporsi a critiche pare del resto consapevole lo stesso Consiglio di Stato.

Il Collegio riconosce infatti che un potere consimile non si rinviene codificato espressamente in norme di diritto positivo, dovendosi piuttosto ricavare, come si è detto, *«dall'intero impianto normativo e dalla stessa funzione generale che il legislatore ha inteso assegnare alla Consob»*; trattasi di «base legale» espressamente definita «debole»^[42], dai Giudici, ma ritenuta comunque bastevole a fondare la legittimità del potere esercitato, anche - e soprattutto - in considerazione del fatto che la mera *«valenza di regolazione dichiarativa»*, al potere stesso riconosciuta^[43], doveva ritenersi suscettibile di fondare *«un giudizio di minore rigore rispetto alla necessità che sussist[esse] una adeguata base legale sostanziale»*, con tuttavia la parallela esigenza di un rafforzamento delle garanzie di partecipazione procedimentale.

A quella appena esposta, che è stata commentata in senso critico, è però forse possibile affiancare una seconda lettura interpretativa, che pur apparendo meno aderente al dato strettamente letterale della pronuncia risulta comunque sostenibile alla luce della motivazione complessiva offerta dal Consiglio di Stato, e rispetto alla prima maggiormente condivisibile.

L'elemento centrale dell'interpretazione “alternativa” che si è qui ad offrire si ritiene debba rinvenirsi nel fatto che, con l'affermare che il potere esercitato fosse strumentale ad *«assicurare il corretto funzionamento del mercato finanziario e l'interesse generale degli investitori e dei risparmiatori»*, il Consiglio di Stato intendesse non già sostenere la strumentalità del potere esercitato rispetto alle sole finalità della Consob (e non dunque ad un potere), bensì riferire detta strumentalità all'insieme delle prerogative di cui quest'ultima è titolare - rispetto alla materia delle “operazioni con parti correlate” - e, in particolare, alla funzione di vigilanza di cui si è in precedenza detto.

La pronuncia dovrebbe in questo senso leggersi come volta ad affermare che l'accertamento della sussistenza di una situazione di «controllo societario» costituisca fattore di riconducibilità di un soggetto o di un'attività al perimetro di operatività delle prerogative della Consob (siano esse regolatorie, di vigilanza o di altro tipo), e dunque elemento necessariamente strumentale all'esercizio di queste.

L'interpretazione ora esposta sembra idonea a superare le criticità che si sono in precedenza evidenziate: in base ad essa, l'accertamento circa la posizione di “controllante” di una società (rispetto ad un'altra) configurerebbe il presupposto per la riconducibilità di tale società al perimetro di applicazione di una disciplina speciale e specifica rispetto alla quale la Consob è titolare di talune attribuzioni, risultando dunque attività strumentale all'esercizio delle attribuzioni stesse, non già estrinsecazione di altra “autonoma” prerogativa (volta a fornire “certezze pubbliche” agli operatori del settore) che il legislatore - nell'individuare gli obiettivi e i poteri da conferire all'Autorità al fine di conseguire i medesimi - non ha ritenuto di prevedere.

Se lette secondo l'interpretazione appena fornita, le argomentazioni del Consiglio di Stato appaiono sostenibili, nella misura in cui un nesso di strumentalità dell'effettuato

accertamento rispetto ad altri poteri (di vigilanza, di controllo, sanzionatori), benché inteso in senso ampio, comunque si rinviene, e dunque non risulta necessario accedere a quella declinazione “radicale” della teoria dei poteri impliciti che, per le ragioni che si sono precedentemente esposte, non pare accettabile.

In realtà, a ben vedere, potrebbe persino discutersi se nel caso di specie risultasse indispensabile “scomodare” la teoria dei poteri impliciti, dal momento che l’attività di verifica della sussistenza di un elemento di riconducibilità di un soggetto o di un’attività all’ambito di operatività della Consob - e in specie al quadro regolatorio di settore - non pare neppure necessitare della qualificazione di potere “a sé stante”, configurando piuttosto elemento necessario del generale *agere* dell’Autorità, non logicamente scindibile e separabile dalle prerogative (esplicite) della stessa, come peraltro sembra aver ritenuto, all’esito del giudizio di primo grado, il T.a.r. (che al punto 8.3 della sentenza ha qualificato l’accertamento della natura di «socio controllante» di *Vivendi* in termini di «*segmento logico necessario dell’indagine svolta nel perimetro delle attribuzioni [della Consob] derivanti dalla disciplina delle operazioni con le parti correlate, ai sensi del combinato disposto tra l’art. 2391-bis c.c. e l’art. 114, comma 5, del TUF, per l’applicazione del quale l’esistenza di una situazione di controllo di fatto in senso civilistico è un presupposto soggettivo senz’altro rilevante*»).

Due letture - che pur seguendo percorsi argomentativi parzialmente diversi giungono a conclusioni sostanzialmente sovrapponibili - risultano dunque possibili: l’accertamento in capo a un soggetto della qualifica di socio controllante è attività che risulta prodromica all’esercizio dei poteri della Consob in materia di «*operazioni con parti correlate*» (e dunque se di potere implicito deve parlarsi è possibile rinvenire un nesso di strumentalità rispetto non già ai soli fini e obiettivi attribuiti alla Consob medesima, ma anche agli stessi poteri di cui questa è titolare, ed in specie a quelli di vigilanza); è però altresì sostenibile che non sia necessario neppure parlare di «poteri impliciti» costituendo, il più volte citato «accertamento», un «passaggio logico» necessario e prodromico all’esercizio, da parte della Consob, delle proprie prerogative, non inquadrabile in via separata da queste.

Il fatto, poi, che l’attività di accertamento sia stata dalla Consob esercitata in modo “formalmente” autonomo, vale a dire al di fuori di un procedimento concernente esercizio di altre funzioni della Consob medesima, non determina di per sé il sorgere di profili di criticità: come detto, a mezzo di tale attività, e dell’atto che ne costituisce estrinsecazione, la Consob viene sostanzialmente a rappresentare ad un soggetto la circostanza secondo cui sussistono i presupposti per l’applicazione di una disciplina specifica (nel caso di specie, quella concernente le operazioni tra parte correlate) e per l’esercizio dei poteri dalla stessa prevista: il fatto che ciò avvenga a mezzo di atto autonomo non si riverbera sul profilo della strumentalità e non produce di per sé alcuna lesione alle prerogative e in generale alla sfera giuridica del citato soggetto, offrendo anzi a quest’ultimo un’ulteriore occasione di partecipazione procedimentale (ovvero di accesso alla tutela giurisdizionale) e determinando il sorgere di un autovincolo per l’Autorità la quale, ove dovesse, nell’esercizio di uno dei propri poteri “espliciti”, orientarsi diversamente circa la qualificabilità di una situazione in termini di controllo, dovrebbe congruamente motivare in tal senso (o, addirittura, ragionare in termini di revoca o comunque di autotutela).

Ciò posto, e in conclusione di ragionamento, affinché la ricostruzione di cui sopra risulti effettivamente sostenibile deve ulteriormente precisarsi che l’accertamento effettuato (e la qualifica attribuita) non dovrà essere suscettibile di produrre effetti «esterni»; riferiti vale a

dire, ad ambiti e settori diversi da quelli concernenti i poteri e le attribuzioni Consob, rispetto ai quali (siano essi già in esercizio o suscettibili di esserlo in futuro) l'accertamento - come detto - deve risultare strumentale; ch , diversamente, saremmo in presenza di un potere (questo s ) autonomo, produttore effetti *lato sensu* certificatori (nel senso indicato in precedenza) e non strumentale rispetto ad altri, che, come si diceva, non sembra potersi ritenere ammissibile, in quanto non attribuito alla Consob dal legislatore ed esorbitante dalla strumentalit  rispetto all'esercizio di altri poteri. In altre parole, se il riconoscimento dal parte della Consob della qualifica, in capo ad un soggetto, di «socio controllante» di una societ  ovvero di «parte correlata» dovr  ritenersi cristallizzato - fino all'eventuale sopravvenire di altri atti amministrativi o di pronunce giurisprudenziali - in riferimento al settore regolato e alla disciplina speciale concernente le operazioni con parti correlate (in relazione alle prerogative della Consob medesima), rispetto ad altri ambiti in cui l'istituto del controllo societario dovesse venire in rilievo (si pensi, tra le varie, alle disposizioni del T.U.S.P.[44]) tale accertamento potr  al pi  configurare un fattore «indiziario», non gi  un elemento cristallizzato che deve essere necessariamente considerato sussistente (o meno, a seconda delle determinazioni della Consob).

In conclusione, deve condividersi l'affermazione, effettuata dal Consiglio di Stato, relativa alla legittima sussistenza, in capo alla Consob, di un potere (che abbiamo qualificato «di accertamento») come quello esercitato nel caso *Vivendi - Telecom* con la «comunicazione» in commento; allo stesso modo, il percorso argomentativo seguito dal Collegio appare condivisibile solo se allo stesso si attribuisce un'interpretazione che rigetta un'impostazione che aderisce ad una declinazione della teoria dei poteri impliciti che postula come necessaria la sola strumentalit  tra detti poteri e gli obiettivi che la singola Autorit  (la Consob, nel nostro caso)   chiamata a conseguire.

A tale conclusione pu  giungersi qualificando l'accertamento quale attivit  funzionale a verificare l'estensione ad una specifica situazione dell'ambito di applicazione di talune prerogative dell'Authority, ovvero individuando comunque per lo stesso un nesso di strumentalit  forte con altri poteri (espliciti) della medesima.

7. La violazione delle garanzie partecipative di *Vivendi e Telecom*

Da ultimo, preme analizzare la statuizione del Consiglio di Stato concernente il secondo motivo di ricorso (e dunque il secondo capo di sentenza oggetto di appello), relativo alla asserita violazione delle garanzie procedurali di *Vivendi*(e *Telecom*) e l'applicabilit  al caso di specie del disposto del secondo periodo del secondo comma dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 (introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15), il quale dispone che il provvedimento amministrativo non sia comunque annullabile «*per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*»[45].

La censura proposta dalle due societ , tanto in primo quanto in secondo grado, concerneva il fatto che, pur essendosi verificate diverse interlocuzioni tra le societ  stesse e la Consob, quest'ultima non avesse provveduto ad inviare formale comunicazione di avvio del procedimento, n  bandito una consultazione pubblica (dal Consiglio di Stato ritenuta necessaria in ragione della idoneit  dell'accertamento a «*fornire indirizzi generali agli operatori economici del mercato finanziario*»).

Le predette interlocuzioni non sono state ritenute idonee, dal Collegio, a “sanare” la mancata comunicazione di avvio del procedimento (contrariamente a quanto rilevato dai Giudici di prime cure^[46]); ma non è questo il passaggio motivazionale che maggiormente attira l’attenzione e che merita un commento^[47].

L’elemento su cui occorre effettuare un breve *focus* è piuttosto l’affermazione concernente la non applicabilità, al caso di specie, del disposto del secondo periodo del secondo comma dell’art. 21-*octies* della legge n. 241/1990.

Scrivo, in merito, il Consiglio di Stato: «*si tratta di una norma che ha previsto in generale una “dequotazione della legalità procedimentale” ma, come esposto, in questo caso si deve realizzare un rafforzamento di tale legalità per compensare la “dequotazione della legalità sostanziale”[48]. L’attribuzione, nella fattispecie in esame, di un fondamento costituzionale al diritto di partecipazione impone di interpretare l’art. 21-*octies* nel senso che esso non possa trovare applicazione*».

Ed ancora: «*anche a volere prescindere dall’effettivo perimetro applicativo di tale norma, in ogni caso, è la stessa natura del potere esercitato che impedisce di svolgere un giudizio prognostico favorevole alla pubblica amministrazione in ordine alla irrilevanza di una eventuale partecipazione. Vengono, infatti, in rilievo ampi profili decisori di contenuto giuridico che implicano valutazioni le quali rinvergono proprio nel procedimento la loro sede naturale*».

In sostanza, a giudizio del Consiglio di Stato la debole “base normativa” fondativa del potere e il carattere implicito e innominato di quest’ultimo avrebbero imposto un rafforzamento delle garanzie procedimentali che non avrebbe consentito il ricorso ad un istituto (quale quello della “sanatoria” prevista dal citato secondo periodo del secondo comma dell’art. 21-*octies*) il quale, pur espressamente previsto dal legislatore e valevole in via generale, non potrebbe trovare applicazione in una fattispecie consimile, a prescindere dall’effettiva capacità dell’Amministrazione di dimostrare in concreto che il contenuto del provvedimento non «*avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*».

Tali affermazioni del Consiglio di Stato, a giudizio dello scrivente, non paiono condivisibili.

Le esigenze di rafforzamento della legalità procedimentale, funzionali a compensare il *vulnus* alla legalità sostanziale, sono certo reali e concrete (rispetto ad esse richiamiamo quanto detto in precedenza sul tema della compensazione della dequotazione della legalità sostanziale a mezzo di implementazione della legalità “procedimentale” dell’attività delle *Authorities*, specie ove vengano in rilievo poteri impliciti delle stesse) e molto correttamente il Consiglio di Stato le ha poste in evidenza; che ciò possa tuttavia spingere a ritenere non applicabile in sede processuale una disciplina normativa sulla base di un’interpretazione “costituzionalmente orientata” della disciplina normativa medesima appare invece dubbio, specie in considerazione del fatto che, all’istituto in parola, il legislatore ha volutamente conferito un ambito di applicabilità particolarmente ampio, più esteso perfino di quello previsto per i vizi procedimentali diversi dal mancato invio della comunicazione di avvio del procedimento, per i quali, come si è detto, l’applicabilità della “sanatoria” processuale è circoscritta ai provvedimenti aventi natura “vincolata” (riferimento che invece non si rinviene rispetto alla mancata comunicazione di avvio del procedimento).

Ciò vale in via generale e anche con specifico riferimento al caso di specie, nel quale è venuto in rilievo un potere della Consob che - pur volto a verificare la sussistenza di elementi dotati

di un certo grado di oggettività - pare connotato da un certo grado di discrezionalità (non già amministrativa bensì tecnica) o comunque espressione di un'attività che non pare riconducibile ad un semplice accertamento tecnico, inteso quantomeno nel suo significato più puro^[49]; il tutto rafforzato poi dal fatto che, come rilevato in primo grado, tanto *Vivendi* quanto Telecom erano state messe in condizioni di interloquire ampiamente con l'Autorità.

Piuttosto, laddove il Consiglio di Stato avesse dubitato circa l'applicabilità alla fattispecie del secondo periodo del secondo comma dell'art 21-*octies* della legge n. 241/1990, e in generale della legittimità (costituzionale) dello stesso, quest'ultimo avrebbe dovuto far ricorso allo strumento dell'incidente di costituzionalità, sollevando la questione dinanzi alla Consulta.

Parimenti, le esigenze di rafforzamento della legalità procedimentale - correttamente evidenziate dal Consiglio di Stato - ben potevano essere garantite richiedendo alla Consob uno sforzo motivazionale particolarmente rigoroso (anche a cagione dei margini di discrezionalità di cui la stessa disponeva) sulla sussistenza dei presupposti di applicabilità del secondo periodo del secondo comma dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, e dunque sulle ragioni per le quali l'eventuale comunicazione di avvio e la conseguente partecipazione procedimentale delle società non avrebbero influito sul contenuto dell'atto concretamente adottato.

8. Note conclusive

In conclusione, e riprendendo le considerazioni fin qui effettuate, deve ribadirsi che la sentenza si segnala positivamente per aver riaperto l'attenzione sul tema dei poteri impliciti e, in riferimento alle doglianze espresse da *Vivendi* e Telecom con il primo motivo di ricorso, per le conclusioni a cui è giunta circa la legittimità della comunicazione Consob oggetto di impugnazione.

Quanto poi al giudizio concernente il concreto *iter* argomentativo seguito, a chi scrive pare che il medesimo possa essere positivo purché risulti possibile fornire alla pronuncia in commento una determinata interpretazione.

Ed infatti, l'affermazione circa la legittimità di un potere come quello ipotizzato dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato - non tipizzato da norme (dunque implicito) e ritenuto ammissibile sulla base del complesso delle disposizioni concernenti la Consob ed in quanto strumentale al raggiungimento di uno degli obiettivi alla stessa affidato (la "generalissima" garanzia del buon funzionamento del mercato) - appare discutibile.

Chi scrive ritiene infatti certamente accettabile un approccio elastico (*rectius*: teleologico) al principio di legalità, che dia dello stesso una lettura che escluda rigidi formalismi e quindi la necessità che ogni singolo potere o atto della Pubblica amministrazione sia previsto e dettagliatamente disciplinato dalla legge (quanto a presupposti applicativi e modalità di esercizio). Sul piano pratico, peraltro, un'adesione ad una lettura rigida o "formalistica" del principio di legalità si tradurrebbe (anche in questo caso come già segnalato) nell'abbandono di un modello di presenza del potere pubblico nel mercato imperniato sul conferimento di deleghe regolatorie ad Autorità indipendenti, il che allo stato non pare risultato auspicabile né obiettivo inserito nelle agende politiche dei principali ordinamenti europei.

Allo stesso modo, una declinazione del principio di legalità in senso “eccessivamente teleologico” e deformalizzato rischierebbe di tradursi in un totale svuotamento dello stesso, il che, per le descritte ragioni, non pare risultato accettabile.

Sostenere che un’Autorità indipendente (ed in particolare di regolazione) possa esercitare poteri che la legge non le ha espressamente conferito purché (leggasi: alla sola condizione che) i medesimi risultino strumentali (e indispensabili) al conseguimento degli obiettivi assegnati all’Autorità stessa significa, come è intuibile, circoscrivere l’operatività del principio di legalità alla mera definizione degli obiettivi (cosa che, peraltro, avviene sovente in termini ampi e generici), il che non pare reggere rispetto ad un vaglio di compatibilità con le disposizioni e i principi della Carta.

La strumentalità, quale condizione di ammissibilità e legittimità di un potere implicito, deve sempre rinvenirsi, e in riferimento non già ai soli obiettivi assegnati ad un’Autorità, bensì anche - e soprattutto - a poteri di cui quest’ultima è titolare.

Ciò detto, a ben vedere è forse possibile, come si diceva, interpretare la pronuncia in esame (forse un po’ forzandone il dato letterale) come volta a legare l’affermazione della legittimità del potere esercitato alla riconosciuta strumentalità dello stesso rispetto all’effettivo ed efficace esercizio, da parte della Consob, dei poteri alla stessa esplicitamente attribuiti per il conseguimento del fine del corretto funzionamento del mercato (e della tutela dei consumatori), ed in specie a quelli di vigilanza.

Una lettura consimile appare maggiormente compatibile con il nostro quadro ordinamentale, proprio perché valorizza l’elemento della strumentalità fra poteri impliciti e poteri espliciti nel senso che appare accettato da dottrina e giurisprudenza; non può tuttavia non sottolinearsi nuovamente come ad un giudizio positivo (circa la legittimità del potere esercitato dalla Consob) si sarebbe potuti giungere anche a prescindere da un ricorso all’apparato argomentativo offerto dalla teoria dei poteri impliciti: il riconoscimento in capo ad un soggetto della qualifica di socio controllante (di altra società) pare configurare un elemento prodromico e un passaggio necessario all’esercizio, da parte della Consob, delle funzioni in materia di «operazioni con parti correlate», e dunque semplice “condizione” del loro esercizio (la sussistenza della quale deve essere verificata), non configurante un potere a sé stante, implicito e innominato.

Né particolari ostacoli giuridici si rinvencono rispetto al fatto che tale potere venga esercitato “in via autonoma” (vale a dire nell’ambito di un procedimento a ciò specificamente dedicato).

Piuttosto, appare da rigettare l’ipotesi di configurare in capo alla Consob medesima un potere *lato sensu* certificatorio, volto - in via esclusiva o principale - a produrre certezze giuridiche per gli operatori del settore. Non è certo da escludersi che tale effetto possa prodursi, ma ciò deve avvenire incidentalmente - quale effetto secondario - e non già quale scopo ultimo del potere esercitato, posto che, diversamente, verrebbe meno il necessario “nesso di strumentalità” di cui più volte si è detto.

Inoltre, agli effetti di detto potere non deve potersi riconoscere “rilevanza esterna” rispetto al settore regolato e, in generale, alle attribuzioni della Consob; in buona sostanza, il riconoscimento in capo ad un soggetto della qualifica di socio controllante e/o parte

correlata, effettuato dall’Autorità, non potrà essere fatto valere al di fuori del settore regolato o comunque della disciplina specifica.

Ed infatti, un potere consimile avente rilevanza “esterna” (i cui effetti, vale a dire, possano in ipotesi esercitarsi anche in ambiti e settori diversi da quelli cui si riferiscono le attribuzioni della Consob) dovrebbe, per poter essere considerato legittimo, risultare espressamente attribuito da una norma, a giudizio di chi scrive.

Un giudizio di non condivisione delle statuizioni del Consiglio di Stato si ritiene debba invece essere espresso in riferimento al secondo vizio dedotto dalle parti ricorrenti (ed esaminato dal Collegio): quello concernente la mancata comunicazione alle società dell’avvio del procedimento. Le argomentazioni circa la ritenuta non applicabilità del secondo periodo del secondo comma dell’art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 non appaiono convincenti, per le ragioni già esposte in precedenza alle quali, per brevità, si rinvia.

Queste le prime riflessioni “a caldo” che la pronuncia in esame ha suscitato in chi scrive: non saranno certamente le ultime, dato che - giova ribadirlo - la pronuncia medesima ha il grande pregio di aver riaccessato l’attenzione sul tema dei poteri impliciti, giungendo a conclusioni sulle quali, si ritiene, la dottrina non perderà l’occasione di confrontarsi.

[1] La letteratura in materia di Autorità amministrative indipendenti ha ormai assunto dimensioni tali che non consentono di indicare una bibliografia (seppure minima) senza correre il rischio di escludere contributi anche rilevanti. Per tale ragione, nel prosieguo ci si limiterà a indicare opere e articoli che si riferiscono a temi specifici concernenti le *Authorities*, principiando dai poteri impliciti, rispetto ai quali, ai fini di un inquadramento generale, si rimanda a P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, 2018; G. Morbidelli, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, f. 2, 263 ss.; P. Pantalone, *Poteri impliciti delle authorities e torsioni del principio di legalità*, in *Giustamm.it*, luglio 2012; G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 703 ss.; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

[2] Comunicazione n. 106341 del 13 settembre 2017, pubblicata sul *Bollettino* Consob, Settembre 2017, prima quindicina.

[3] Come si legge nella citata comunicazione (al par. 1), nel gennaio 2017 il Collegio Sindacale di Telecom S.p.a., nell’ottica di dirimere un contrasto con la Società circa la qualificabilità di *Vivendi* quale socio controllante (della stessa Telecom), aveva interpellato la Consob, chiedendo alla medesima di esprimersi sul punto. Ne era seguita una interlocuzione che aveva coinvolto a più riprese il Collegio e la stessa Telecom (oltre a *Vivendi*).

[4] Sul punto, nella citata comunicazione Consob (*Bollettino*, cit., 44) si legge quanto segue: «*la lista di Vivendi è arrivata prima con il voto favorevole del 29% del capitale votante presente in assemblea, mentre per la lista dei fondi ha votato il 28,78% del capitale presente*»; sottolineava inoltre la Commissione che «*non vi erano liste che avrebbero potuto contendere alla lista di Vivendi la nomina della maggioranza di amministratori*», considerato che l’unica lista alternativa «*aveva un numero di candidati inferiore alla metà dei componenti da eleggere, essendo una lista preordinata alla nomina di amministratori di minoranza*».

[5] La Consob dava conto di quello che la stessa qualificava “evento rilevante” verificatosi successivamente all’assemblea dei soci del 4 maggio 2017. Il 27 luglio del medesimo anno, il dott. De Puyfontaine - presidente TIM e amministratore delegato di *Vivendi* - aveva dichiarato che quest’ultima società esercitava su Telecom attività di «*direzione e coordinamento*». In due pareri trasmessi da Telecom alla Presidenza del Consiglio dei ministri nell’agosto del medesimo anno (nell’ambito di un procedimento avviato dalla medesima Presidenza per l’accertamento della sussistenza degli obblighi di notifica previsti dalla disciplina in materia di c.d. “*golden power*”) la Società confermava l’avvenuta opzione di *Vivendi* per la «*direzione e il coordinamento*» riguardo alle modalità di gestione di Telecom. A giudizio di Consob, lo svolgimento di attività di direzione e coordinamento di un’impresa (società) richiede, in assenza di disposizioni statutarie utili allo scopo ovvero di appositi accordi contrattuali, la sussistenza di una situazione di controllo. Conseguentemente, la dichiarata sussistenza di tale

“situazione” veniva a configurare un ulteriore elemento che deponeva nel senso della sussistenza di una fattispecie di controllo del socio *Vivendi* in Telecom.

[6] La disciplina civilistica del controllo societario è posta dall'art. 2359 c.c., il quale prevede due macro-tipologie di controllo, definite rispettivamente controllo interno e controllo esterno. Nell'ambito del controllo interno, relativo ai voti esercitabili da una società nell'assemblea ordinaria di un'altra, si distingue tra controllo «di diritto» (situazione che si configura ove una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili, ai sensi del comma 1, n.1 del citato art. 2359 c.c.) e controllo «di fatto», che si realizza laddove una società possieda un numero di voti i quali, pur non costituendo la maggioranza di quelli esercitabili nell'assemblea ordinaria di altra società, consentano alla prima di esercitare un'«influenza dominante» sulla seconda (art. 2359, comma 1, n. 2). Infine, il controllo esterno (disciplinato dall'art. 2359, comma 1, n. 3) si configura rispetto a società «che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa». La nozione civilistica di controllo societario è richiamata da diverse discipline speciali: basti qui richiamare il Testo Unico delle Società a partecipazione Pubblica (T.U.S.P., di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, spec. art. 2, comma 1, lett. b), il Codice dei contratti pubblici (di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) nonché, per quanto di specifico interesse, il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F., di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58) e la disciplina regolatoria Consob concerne le operazioni «tra parti correlate», di cui si darà conto nel prosieguo.

[7] Espressione utilizzata forse in modo atecnico, ma alla quale possiamo qui riferirci nella sua declinazione di attività di verifica, da parte di una Pubblica amministrazione, della sussistenza di una serie di fatti dai quali discendano «determinate conseguenze giuridiche» (come riportato da B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, 2001, part. 209 ss.). Considerata la complessità del tema, ciò che in questa sede preme mettere in luce è quello che potremmo definire il carattere «dichiarativo» - dunque non costitutivo - dell'accertamento effettuato dalla Consob: chi scrive è infatti convinto che la situazione di «controllo societario», o la fattispecie di «parte correlata», siano elementi che vengono dall'Amministrazione riscontrati, e non da questa costituiti; ciò, beninteso, non significa che si tratti di accertamento “puro e semplice”, consistente nella sola verifica della sussistenza di determinati elementi e presupposti scevra da qualsiasi profilo valutativo: la tipologia di potere esercitato dalla Consob, nel caso oggetto delle presenti riflessioni, richiede, infatti (quantomeno in riferimento alla fattispecie del controllo societario «di fatto» e al concetto di «influenza dominante») una valutazione da parte della stessa rispetto alla quale paiono rinvenirsi margini di discrezionalità (benché tecnica). Ma su questo punto si tornerà nel prosieguo.

[8] Il panorama dottrinale relativo al tema della compatibilità del modello delle Autorità amministrative indipendenti con alcuni dei più rilevanti principi costituzionali è variegato, con posizioni tra loro anche piuttosto diversificate (in senso positivo o negativo) ed aventi le più diverse sfumature; tali posizioni sono state efficacemente ricostruite da A. Police nell'opera *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, in part. 137 ss., alla quale si rinvia; sullo specifico tema del rapporto tra regolazione indipendente e “politica” si rimanda invece alla recente opera di E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019.

[9] Come osserva F. Levi, voce «Legittimità (dir. amm.)», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIV, 1974, 134, «l'ammissibilità di un'attribuzione implicita di un potere può costituire un problema in ogni ordinamento ispirato al principio di legalità».

[10] «Sotto il profilo delle applicazioni concrete del principio di legalità in senso sostanziale si è affermato in giurisprudenza che non è ammissibile l'attribuzione di un potere a contenuto indeterminato in capo allo Stato, alle Regioni e ai Comuni», (così F. De Leonardis, *Il principio di legalità*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, 14, ma le considerazioni valgono per le Amministrazioni pubbliche complessivamente considerate). Come del resto rileva F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, 3, la legalità per le pubbliche Autorità, «rappresenta il titolo ed il fondamento per l'esercizio dei loro poteri autoritativi», nonché «condizione ineliminabile del loro agire».

[11] Trattasi di «figura sintomatica» dell'eccesso di potere, che si configura qualora «un'Autorità amministrativa abbia utilizzato i propri poteri per raggiungere fini diversi da quelli per i quali i poteri le sono stati conferiti» (così G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 161, che cita giurisprudenza comunitaria concernente lo sviamento di potere e, in particolare, Trib. I° grado, Sez. II, 4 febbraio 2009, in causa T-145/06, nonché Corte Giust. CE, Sez. II, 15 maggio 2008, in causa C-442/04, *Regno di Spagna c. Consiglio*, secondo la quale: «un atto è viziato da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottato allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato CE per far fronte alle circostanze del caso di specie»). Partendo dall'originaria figura dello sviamento, la giurisprudenza amministrativa ha nel tempo di molto ampliato l'elenco delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che parte della dottrina (riprendendo la tesi di Benvenuti che definisce l'eccesso di potere quale “vizio della funzione”) considera «come autonomi e specifici vizi della funzione amministrativa» (sul punto cfr. R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 489).

[12] Come è noto, ai sensi dell'art. 21-septies della legge n. 241/1990 «è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge». Quella del difetto assoluto di attribuzione è l'ipotesi definita anche di «carenza di potere in astratto», che si configura laddove l'Amministrazione assuma «di esercitare un potere che in realtà nessuna norma le attribuisce» (così Consiglio di Stato Sez. IV, 17 novembre 2015, n. 5228 e - conformi ed *ex multis* - Cons. Stato, Sez. IV, 19 dicembre 2007,

n. 2273; Id., Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5843; Id., Sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 372; Id., Sez. V, 30 agosto 2013, n. 4323; Id., Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266). Trattasi di ipotesi di non frequente verifica, tanto da essere definita anche quale «caso di scuola» (Cons. Stato, Sez. VI, n. 5266 del 2013, cit.), ma che in effetti proprio rispetto al tema dei poteri impliciti può conoscere occasioni di applicazione.

[13] Quella di regolazione è nozione articolata e complessa, della quale si rinvencono plurime definizioni, e che risulta difficilmente riducibile ad un insieme unitario (come rilevato recentemente da P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, f. 2, 337 ss e in part. 350-353). Solo a titolo di sommario inquadramento dell'istituto, si rileva che la regolazione viene diversamente declinata in riferimento all'oggetto della stessa (si distingue in particolare tra una regolazione economica, una regolazione tecnica e una "sociale") nonché alla sua "intrinseca natura"; sotto questo profilo, la letteratura riconosce due macro-tipologie di funzione regolatoria: quella condizionale (che prevede la messa a punto di regole volte ad orientare le iniziative e le condotte dei privati, senza conformarle direttamente) e quella finalistica (che prevede invece una diretta conformazione, mediante scrittura di regole o esercizio di poteri di direzione, delle condotte degli operatori economici al fine del conseguimento di un determinato fine). Per una bibliografia minima sulle declinazioni finalistica e condizionale della regolazione v., tra gli altri, P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit; N. Rangone, voce *Regolazione* in *Diz. Dir. Pubb.*, Milano, 2006, 5057 ss.; L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in Cassese S. – Franchini C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 55 ss.; S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubb.*, 1995, f. 5, 5 ss.; G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Padova, 1993, ancora L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992 e S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, f. 2, 378 ss.

[14] Lo spazio e il focus del presente contributo non consentono allo scrivente di dilungarsi in considerazioni su temi quali la discrezionalità amministrativa, quella tecnica e il rapporto tra le stesse. Per brevità ci si limita a precisare che con il termine «discrezionalità amministrativa» vuole intendersi quell'attività che si estrinseca in una ponderazione tra diversi interessi (secondo la nota ricostruzione espressa da M.S. Giannini, nella celeberrima opera *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, ora in M.S. Giannini, *Scritti*, vol. I, Milano, 2000); la Pubblica Amministrazione esercita invece quella che viene classicamente definita «discrezionalità tecnica» laddove si trovi a dover effettuare accertamenti e valutazioni alla stregua di criteri e regole che sono propri di determinate scienze o arti (o comunque specialistiche). La nozione di «discrezionalità tecnica» - è opportuno darne conto - è oggi contestata da più parti, in dottrina, in ragione della non facile conciliabilità tra l'idea di un'attività discrezionale e i "vincoli" che gli assunti delle scienze e delle arti dovrebbero essere suscettibili di produrre in capo all'Amministrazione (sul punto si consideri che già nel 1967 Vittorio Bachelet affermava come la discrezionalità tecnica "non esistesse", potendosi rinvenire solo «accertamenti, apprezzamenti, giudizi tecnici, che possono essere riferiti tanto ad atti discrezionali che ad atti vincolati». Cfr. V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, in part. 41).

[15] Come osserva G. Morbidelli, *Poteri impliciti (a proposito della monografia di Cristiano Celone "La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici")*, Giuffrè ed., Milano, 2012), rinvenibile sul sito istituzionale dell'Anac, «la legislazione si limita ad attribuire competenze di carattere generale e ad enunciare solo alcuni obiettivi rimessi alla loro cura. Ciò accade per varie ragioni rappresentate dal carattere indeterminato dei valori da tutelare (pluralismo, completezza di informazione, efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, risparmio, stabilità delle banche e delle compagnie di assicurazione ecc.), e, con riguardo specifico alle competenze di regolamentazione di settori tecnici, dal fatto che sono necessari interventi connotati da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica».

[16] Come osservato da Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, «la parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale (che si estrinseca, in particolare, attraverso la tipica forma di esercizio del potere regolamentare ai sensi dell'articolo 17, cit., secondo un sistema ispirato a una rigorosa tipicità) si giustifica, nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema».

[17] Sull'idea della regolazione quale funzione che si sostanzia, principalmente, in attività di «scrittura di regole» (a mezzo di atti normativi o atti amministrativi generali) e sulla necessità di riconoscere al titolare della funzione ampi spazi di discrezionalità (con tutti i profili di problematicità che ciò determina) ai fini tanto della garanzia dell'indipendenza dello stesso quanto dell'effettività della regolazione, mi sia consentito un rinvio a G. Barozzi Reggiani, *Il «dominio delle regole». La regolazione indipendente dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale tra matrice europea e politica nazionale*, Torino, 2020.

[18] Cfr. sul punto M. Midiri, *Principio di legalità sostanziale e potere regolatorio della Consob*, in *Giur. Comm.*, 2020, f. 3, 568/II.

[19] Sul tema cfr., *ex multis*, T.A.R. Milano, (Lombardia), Sez. II, 6 settembre 2016, n. 1629, la quale ha affermato che «con riferimento ai poteri di regolazione [dell'Aeegsi, nel caso specifico] la dequotazione del principio di legalità sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di più incisive forme di partecipazione degli interessati». Di "democrazia procedimentale" ha parlato S. Cassese, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Aa.Vv.*, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999. Il profilo in esame, nel momento in cui viene riferito alla regolazione, assume peraltro un particolare ed ulteriore significato: dato che a mezzo della funzione regolatoria vengono costruite regole concernenti il

funzionamento di uno specifico settore, la partecipazione dei (futuri) destinatari delle medesime alla loro costruzione configura un importante strumento di democrazia partecipativa che, oltre a fornire un elemento di legittimazione della funzione, rafforza l'effettività della stessa, contribuendo a far sì che gli operatori del settore partecipino alla creazione di un insieme di regole che sentiranno come le "loro regole" (o comunque come regole non calate dall'alto ma frutto di una elaborazione in qualche misura "condivisa") in quanto membri di una "comunità di regolati" (per un richiamo a tale ultimo concetto v., tra gli altri, O. Pini, *Garanzie procedurali e regolazione partecipata come possibili canoni di democraticità: l'esempio dell'Aegsi*, in M. Midiri - S. Antoniazzi, *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli, 2015, 209, la quale sottolinea appunto come la partecipazione ai procedimenti regolatori configuri uno strumento atto a costruire un "rapporto" con tale comunità).

[20] Trattasi di modello, rinvenibile principalmente in riferimento ai procedimenti regolatori, riconducibile all'*Administrative Procedure Act* statunitense del 1946, che prevede la redazione e la successiva pubblicazione, da parte dell'Autorità procedente, di una proposta di atto, rispetto alla quale gli interessati possono inviare osservazioni e commenti di cui l'Autorità deve tener conto ai fini dell'adozione dell'atto definitivo.

[21] Sul tema della "irresponsabilità politica" delle Autorità amministrative indipendenti v., tra gli altri, V. Caianiello, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro Amm.*, 1997, f. 1, 341 ss.

[22] Cfr. sul punto G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 709.

[23] Sul punto occorre osservare che il primo par. dell'art. 352 del TFUE – che rispetto ai prevenienti artt. 235 e 308 del TCE elimina i riferimenti al «funzionamento del mercato comune» – stabilisce che «se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo». Rispetto alla disposizione in esame si è parlato di «poteri impliciti» anche se chi scrive concorda con l'opinione, espressa in dottrina, secondo la quale si tratterebbe in realtà di poteri "espliciti", attribuiti sulla base di «una procedura formale appositamente regolata per integrare i poteri delle istituzioni comunitarie, integrazione che deve rispettare i limiti e le condizioni stabiliti dalla norma» (cfr. G. Tesaurò, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, f. 2, 235). La vera applicazione dei principi della teoria dei poteri impliciti, in taluni casi anche nella sua versione "radicale", si è avuta, in ambito europeo, grazie all'opera della Corte di Giustizia, in particolare a partire dalla nota pronuncia *Aets* (Corte giust., 31 marzo 1971, causa c. 22/70, *Commissione c. Consiglio*).

[24] Cfr. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 102 - 103.

[25] Il quale, come è noto, prevede che nessuna prestazione personale o patrimoniale possa essere imposta se non in base alla legge, così individuando una riserva (benché relativa) di legge che si riferisce particolarmente ai "pubblici poteri".

[26] Ed in specie gli articoli 24 e 113 Cost. i quali riconoscono a "tutti" (anche non cittadini) il diritto di agire in giudizio «per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» anche nei confronti di «atti della pubblica amministrazione».

[27] Sul tema v. M. Manetti, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, in *www.astridonline.it*, 4 ss.

[28] A mezzo del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 91, recante «*disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari*» (convertito, con modificazioni, dalla legge 7 giugno 1974, n. 216). È stato osservato che la piena riconducibilità della Consob al novero delle Autorità amministrative indipendenti si è avuta a seguito dell'assetto che alla stessa è stato conferito dalla 4 giugno 1985, n. 281, che ha modificato la legge istitutiva (sul punto cfr. Aa.Vv., *La Consob come Autorità Amministrativa Indipendente*, in *Consob, Quaderni di finanza*, n. 42, Roma, ottobre 2000, 5).

[29] Sulla differenza tra attività di vigilanza e attività di controllo cfr. R. Calzoni, *L'Anac, la vigilanza sui contratti pubblici e le prospettive di riforma*, in *Nomos*, 2019, f. 1, 1 ss.

[30] Cfr. ad esempio la funzione di autorizzazione delle società di intermediazione mobiliare (sim) all'erogazione dei servizi e delle attività di investimento, che la Consob esercita (sentita la Banca d'Italia) sulla base di una procedura dalla stessa definita.

[31] Si pensi alla funzione di approvazione dei prospetti di offerte al pubblico ai sensi dell'art. 94 del T.U.F.

[32] Sui poteri para-giurisdizionali delle Autorità indipendenti si rimanda a E.L. Camilli - M. Clarich, *I poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, in *astridonline.it*, che contiene diversi riferimenti alle funzioni della Consob.

[33] Sulla natura giuridica dei Regolamenti Consob v., tra gli altri, P. Lazzara, *La potestà regolamentare della Commissione nazionale per le società e la borsa in materia d'intermediazione finanziaria*, in *Foro Amm.*, 2000, f. 2, 703 ss.

[34] Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 317 del 22 dicembre 2020.

[35] In particolare, l'art. 2391-bis c.c. prevede che gli organi di amministrazione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio adottino regole volte ad assicurare la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate (vengano esse realizzate direttamente ovvero per il tramite di società controllate e li rendono noti nella relazione sulla gestione), rendendole note nella relazione sulla gestione. La disposizione in oggetto individua (al comma 1) uno specifico ruolo per la Consob, prevedendo che essa debba dettare i "principi generali" sulla base dei quali devono essere adottate le regole volte ad assicurare la trasparenza e la correttezza delle operazioni. Il comma 3 dell'articolo in oggetto dispone poi che la Consob, «nel definire i principi indicati nel primo comma, individua, in conformità all'articolo 9 quater della direttiva 2007/36/CE, almeno: a) le soglie di rilevanza delle operazioni con parti correlate tenendo conto di indici quantitativi legati al controllore dell'operazione o al suo impatto su uno o più parametri dimensionali della società. La Consob può individuare anche criteri di rilevanza che tengano conto della natura dell'operazione e della tipologia di parte correlata; b) regole procedurali e di trasparenza proporzionate rispetto alla rilevanza e alle caratteristiche delle operazioni, alle dimensioni della società ovvero alla tipologia di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, nonché i casi di esenzione dall'applicazione, in tutto o in parte, delle predette regole; c) i casi in cui gli amministratori, fermo restando quanto previsto dall'articolo 2391, e gli azionisti coinvolti nell'operazione sono tenuti ad astenersi dalla votazione sulla stessa ovvero misure di salvaguardia a tutela dell'interesse della società che consentono ai predetti azionisti di prendere parte alla votazione sull'operazione». Il tema delle operazioni con «parti correlate» è poi riconducibile - quanto a disciplina speciale - a diverse disposizioni del T.U.F. (in particolare agli artt. 113-ter, 114, 115 e 154-ter) le quali assegnano diversi ruoli e funzioni alla Consob.

[36] Ai fini che qui interessano, deve farsi riferimento al Regolamento (CE) n. 1126/2008 della Commissione del 3 novembre 2008 (più volte modificato, da ultimo con Regolamento (UE) 2020/1434 della Commissione del 9 ottobre 2020), che adotta «*alcuni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio*». Il principio contabile internazionale n. 24 posto dal Regolamento in parola reca la definizione di «parte correlata»: in tal modo è definita una "parte", rispetto a "un'entità", se «a) direttamente, o indirettamente attraverso uno o più intermediari, la parte: i) controlla l'entità, ne è controllata, oppure è sotto comune controllo (ivi incluse le entità controllanti, le controllate e le altre società del gruppo); ii) detiene una partecipazione nell'entità tale da poter esercitare un'influenza notevole su quest'ultima; o L 320/146 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 29.11.2008 iii) controlla congiuntamente l'entità; b) la parte è una società collegata (secondo la definizione dello IAS 28 Partecipazioni in società collegate) dell'entità; c) la parte è una joint venture in cui l'entità è una partecipante (cfr. IAS 31 Partecipazioni in joint venture); d) la parte è uno dei dirigenti con responsabilità strategiche dell'entità o della sua controllante; e) la parte è uno stretto familiare di uno dei soggetti di cui ai punti a) o d); f) la parte è un'entità controllata, controllata congiuntamente o soggetta ad influenza notevole da parte di uno dei soggetti di cui ai punti d) o e), ovvero tali soggetti detengono, direttamente o indirettamente, una quota significativa di diritti di voto; o g) la parte è un piano per benefici successivi alla fine del rapporto di lavoro a favore dei dipendenti dell'entità, o di una qualsiasi altra entità a essa correlata».

[37] Il Regolamento Consob reca altresì una definizione delle operazioni con parti correlate, qualificate in «*qualsunque trasferimento di risorse, servizi o obbligazioni fra parti correlate, indipendentemente dal fatto che sia stato pattuito un corrispettivo*».

[38] Oltre all'obbligo generale previsto dall'art. 2391-bis c.c. di adottare regole volte ad assicurare la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate (secondo i principi definiti dalla Consob e dedotti nel citato Regolamento), la regolazione di settore prevede l'adozione di specifiche procedure nonché la redazione di un documento informativo per il pubblico. Peraltro, anche in ragione della disciplina regolatoria di settore, le informazioni concernenti le operazioni con parti correlate devono qualificarsi quali «*informazioni regolamentate*», ai sensi dell'art. 113-ter del T.U.F., che devono essere depositate presso la Consob secondo i termini e le modalità dalla stessa stabiliti, e possono (ove ne ricorrano i presupposti) configurare informazioni privilegiate ai sensi del Regolamento UE 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 e dell'art. 114 del T.U.F. L'art. 154-ter del medesimo T.U.F. prevede poi (al comma 4) che la relazione intermedia di gestione debba contenere «*informazioni rilevanti con parti correlate*».

[39] L'art. 115 del T.U.F. prevede che la Consob, al fine di vigilare sulla correttezza delle informazioni fornite al pubblico, possa: «a) richiedere agli emittenti quotati, agli emittenti quotati aventi l'Italia come Stato membro d'origine, ai soggetti che li controllano e alle società dagli stessi controllate, la comunicazione di notizie e documenti, fissandone le relative modalità; b) assumere notizie, anche mediante la loro audizione, dai componenti degli organi sociali, dai direttori generali, dai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari e dagli altri dirigenti, dai revisori legali e dalle società di revisione legale, dalle società e dai soggetti indicati nella lettera a); c) eseguire ispezioni presso i soggetti indicati nelle lettere a) e b), al fine di controllare i documenti aziendali e di acquisirne copia; c-bis) esercitare gli ulteriori poteri previsti dall'articolo 187-octies». Quest'ultima disposizione conferisce alla Consob il potere di compiere tutti gli atti necessari all'accertamento delle violazioni delle disposizioni del Regolamento (UE) n. 596/2014 e di quelle di cui al Titolo I-bis della Parte V del T.U.F., in materia di «abusi del mercato». Trattasi di poteri molto incisivi e penetranti, fra i quali (e solo per citare i più rilevanti) citiamo quello di richiedere dati e notizie, quello di richiedere «*le registrazioni esistenti relative a conversazioni telefoniche, a comunicazioni elettroniche e allo scambio di dati, stabilendo il termine per la relativa trasmissione*» (così la lett. b) del comma 3), quello di disporre audizioni e di «*procedere al sequestro dei beni che possono formare oggetto di confisca ai sensi dell'articolo 187-sexies*» (lettera d) nonché quello di procedere con ispezioni e perquisizioni.

[40] La Consob, ai sensi dell'art. 113-ter, comma 8, del T.U.F., può rendere pubblico il fatto che i soggetti tenuti alla comunicazione delle informazioni regolamentate non ottemperino agli obblighi sugli stessi incumbenti. Essa, inoltre, ai sensi del comma 9 della medesima disposizione, può «sospendere o richiedere che il mercato regolamentato interessato sospenda la negoziazione dei valori mobiliari o quote di fondi chiusi per un massimo di dieci giorni per volta, se ha motivi ragionevoli di sospettare che le disposizioni relative alle informazioni regolamentate siano state violate dal soggetto obbligato, ai sensi del presente articolo, alla comunicazione delle informazioni regolamentate» e, nel caso in cui la violazione venga accertata, «proibire la negoziazione in un mercato regolamentato». Ai sensi del comma 7 dell'art. 154-ter del T.U.F., la Consob «nel caso in cui abbia accertato che i documenti che compongono le relazioni finanziarie di cui al presente articolo non sono conformi alle norme che ne disciplinano la redazione, può chiedere all'emittente di rendere pubblica tale circostanza e di provvedere alla pubblicazione delle informazioni supplementari necessarie a ripristinare una corretta informazione del mercato». Poteri specifici sono poi attribuiti alla Consob dalla disciplina concernente le informazioni privilegiate.

[41] Secondo il Collegio (sempre al punto 4.1 della sentenza) si sarebbe trattato «di un potere di regolazione con funzione di accertamento degli specifici rapporti societari tra Telecom e Vivendi» volto ad eliminare «una incertezza giuridica che aveva dato anche luogo a conflitti di posizione tra gli stessi organi interni a Telecom» e «con funzione di accertamento della nozione di controllo societario rilevante anche per gli altri operatori economici del mercato finanziario». Se non di effetto «certificatorio», a chi scrive pare possa comunque parlarsi di attività volta a creare una situazione di «certezza pubblica», nel senso declinato da A. Benedetti, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. Giur. Treccani online* (2014), la quale rileva che la «certezza pubblica» «introduce nella realtà giuridica delle asserzioni conoscitive, relative a determinati fatti o requisiti, che concorrono alla descrizione giuridica della realtà e si oppongono a rappresentazioni diverse».

[42] Si legge nella sentenza, al punto 4.2, quanto segue «[la base normativa rinvenuta] rimane debole, in quanto, nella specie, non risultano espressi né il corollario della nominatività né quello della tipicità».

[43] Nello scrivente qualche perplessità suscita anche l'aggettivazione, da parte dei Giudici, del potere esercitato dalla Consob come “regolatorio”. Ed infatti, se condividiamo l'assunto secondo il quale il potere regolatorio (pur nelle sue innumerevoli possibili declinazioni) trova nella scrittura di regole, mediante atti normativi o amministrativi generali, il proprio nucleo centrale, incontriamo qualche difficoltà a qualificare in tali termini l'accertamento (e conseguente qualificazione) effettuato dalla Consob nel caso di specie. Anche qualora volesse accedersi alla interpretazione secondo la quale l'Autorità avrebbe esercitato un potere volto principalmente a “fornire certezze” agli operatori del settore, tali “certezze” ben difficilmente potrebbero essere qualificati alla stregua di regole “di fonte regolatoria”.

[44] Il quale, nel dettare una definizione di «controllo» valevole per la disciplina specifica dallo stesso posta, richiama «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile».

[45] Il primo periodo del medesimo secondo comma prevede poi un'altra ipotesi di “non annullabilità” del provvedimento «adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

[46] Cfr. i punti 9.3 e 9.4 della sentenza di primo grado: «il procedimento seguito dalla Consob per l'adozione della Comunicazione in questione risulta scandito da una serie di interlocuzioni sia con l'emittente TIM – a far data dal 14 febbraio 2017 – sia, a seguito del comunicato stampa del 27 luglio 2017, con il socio Vivendi – tramite il coinvolgimento dell'Autorità francese AMF – in forza di richieste di informazioni ex art. 115, comma 2, del TUF, mediante le quali entrambi i soggetti destinatari dell'atto hanno potuto sottoporre alla Consob le argomentazioni a sostegno delle rispettive posizioni, anche producendo pareri legali pro veritate proprio sulla specifica questione del controllo ai sensi degli artt. 93 TUF e 2359 c.c.» (punto 9.3) «sicché, posto che la partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo, a garanzia della quale è previsto l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, non ha valenza meramente formale, ma persegue l'obiettivo sostanziale di una migliore ponderazione da parte dell'autorità procedente di tutti gli elementi che vengono in rilievo nella fattispecie, quando, come nel caso di specie, questa finalità sia stata comunque raggiunta, l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento non determina alcuna causa di annullamento dell'atto. Né, del resto, le ricorrenti hanno dimostrato in che modo sarebbero state pregiudicate da detta omissione, non allegando quale ulteriore contributo partecipativo avrebbero potuto rendere (ove tale comunicazione di avvio fosse stata effettuata) che risultasse idoneo ad indirizzare in modo diverso la valutazione infine adottata dalla Commissione» (punto 9.4).

[47] In tema occorre comunque citare M. A. Sandulli, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza (spunti dai recenti progetti di riforma)*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2004, 1595 ss., la quale, nel commentare i progetti di legge che sarebbero poi sfociati nella riforma del 2005, in relazione alla dequotazione del vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento, sembra rifiutare tanto un approccio totalmente sostanzialistico quanto uno eccessivamente “formalistico”, focalizzando l'attenzione sull'effettività della partecipazione, che può sussistere - come probabilmente avvenuto nel caso di specie - pur a prescindere dall'effettiva comunicazione dell'avvio del procedimento (come sottolinea l'Autrice, «se scopo della comunicazione è la partecipazione, una volta che questa sia comunque intervenuta, poco importa l'atto che l'abbia determinata»).

[48] Deve in effetti darsi conto del fatto che le previsioni di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies* non sono state accolte con unanime favore dalla dottrina, in ragione della dequotazione dei vizi formali che esse determinano e dei riflessi che tale dequotazione produce rispetto alla tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche soggettive (fra i commentatori critici della riforma del 2005 v., tra gli altri, L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento amministrativo: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.* 2006, 204; G. Micari, *Considerazioni*

sulla legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 21-octies l. n. 15 del 2005: tra logica di risultato e logica di legalità, in *Giust. Civ.*, 2006, ff. 4-5, 1049 ss. e F. Fracchia - M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21- octies, L. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 2005, n 1). Non è mancato però chi abbia salutato con favore la novella, sottolineando il fatto che «*il passaggio da un clima culturale di segno formalistico ad uno di segno più marcatamente teleologico coincide con la graduale sostituzione della tesi dell'eguale rilevanza dei vizi con la tesi della diversa rilevanza dei vizi, in cui cioè la violazione deve essere valutata per quello che realmente è, in rapporto alla ratio della norma violata*» (così F. Luciani, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. Cerulli Irelli - L. De Lucia (a cura di). Sulla stessa linea v. V. Cerulli Irelli, *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 101 ss. e spec. 103, il quale osserva: «*che l'Amministrazione, come ogni soggetto dell'ordinamento debba rispettare la legge (il diritto vigente) è fuori discussione; ma le norme, com'è noto, non hanno tutte lo stesso valore (c'è norma e norma) e, inoltre, il loro contenuto imperativo opera diversamente a seconda delle condizioni concrete. E perciò le violazioni delle norme danno luogo a conseguenze diverse nei diversi casi*». Per un commento alla riforma del 2005 v. anche F. Francario, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche e integrazioni della legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in *GiustAmm.*, 1/2015.

[49] Vale a dire, per dirla con A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 594, quell'accertamento che concerne «*un fatto verificabile in modo indubbio in base a conoscenze e a strumenti tecnici di sicura acquisizione*».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1881 – 27 luglio 2021

Il termine del procedimento amministrativo tra clamori di novità ed intenti di pietrificazione [1]

di Antonio Bartolini

1. Con queste brevi note si vogliono mettere in evidenza le più recenti novità, in tema di “tempi del procedimento amministrativo”.

Da un lato, verranno evidenziate le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che hanno apportato delle modifiche alla l. n. 241/90, volte a dare certezza ai tempi del procedimento amministrativo. Dall’altro lato, si considererà la recente pronuncia di Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 23 aprile 2021, n. 7, con cui sono stati espressi importanti principi sulle vicende riguardanti i tempi procedurali.

2. Il d.l. n. 77/2021, come noto, ha introdotto misure organizzative, di accelerazione e di semplificazioni dirette a consentire al nostro paese di rispettare i *milestones* segnati dal c.d. *recovery plan* (PNRR).

Tra queste misure, alcune hanno riguardato la legge n. 241/90, con particolare riguardo ai poteri sostitutivi in caso di inerzia della amministrazione, alla certezza della formazione del silenzio assenso ed all’abbreviazione del termine ragionevole per l’annullamento d’ufficio.

Principiando dalle modifiche apportate all’art. 2 della l. 241/90, il d.l. n. 77/2021 con l’art. 61, ha modificato sia il comma *9-bis* che il comma *9-ter* del predetto art. 2.

La novità è consistita nell’aver dato il potere alle amministrazioni di “individuare” una “unità organizzativa” cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia (mentre la regola

previgente, peraltro confermata dalla novella del 2021, era solamente quella di dover individuare un dirigente apicale responsabile del potere sostitutivo).

La seconda novità è quella di aver stabilito che il predetto potere sostitutivo non sia più ad iniziativa di parte, ma che debba essere esercitato d'ufficio dall'unità organizzativa preposta o dal dirigente apicale.

La portata delle due disposizioni è, a mio avviso minimale, e non tocca i veri problemi che riguardano il rispetto sui tempi del procedimento: ma su questo aspetto avremo modo di tornarci sopra *amplius infra*.

3. Con l'art. 62, del d.l. 77, si introducono, invece, disposizioni volte a dare certezza sulla formazione del silenzio assenso previsto dall'art. 20, l. 241/90.

Si stabilisce, infatti, che l'interessato possa chiedere all'amministrazione competente di rilasciare in via telematica un'attestazione circa la formazione o meno del silenzio: in particolare si dispone che l'amministrazione rilascia un'attestazione "circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda" (così il nuovo art. 20, comma 2-bis).

Inoltre, se l'amministrazione non provvede nel termine di dieci giorni, l'interessato può attestare, con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, la formazione del silenzio-assenso.

Analoga disposizione era già stata introdotta per il permesso di costruire con la l. 120/2020: peraltro, questa disposizione (art. 20, comma 8, t.u. edilizia) non prevede il meccanismo della dichiarazione sostitutiva. Sicchè, per il noto principio della *lex generalis* si deve ritenere che la disciplina speciale contenuta nel t.u. dell'edilizia vada integrata con quella della l. 241/90, per cui anche per il permesso di costruire dovrebbe valere il nuovo meccanismo, affidato alla dichiarazione sostitutiva dell'interessato, introdotto dal d.l. 77/2021.

La novella all'art. 20 presenta, peraltro, alcune questioni problematiche.

In primo luogo, non è chiarissimo l'ambito di estensione della attestazione, meglio della certificazione, ovvero se riguardi solamente l'*an* della formazione del silenzio assenso, oppure anche il *quomodo*, coinvolgendo pure la legittimità della sua formazione.

Il dubbio nasce dal fatto che la disposizione dapprima prevede che l'attestazione riguardi non solo "l'avvenuto decorso dei termini del procedimento", ma anche "l'intervenuto accoglimento della domanda": infatti, se l'amministrazione è tenuta ad attestare "l'intervenuto accoglimento della domanda", questo potrebbe portare a dire che l'attestazione della formazione del silenzio è un vero e proprio provvedimento espresso comportante esercizio di discrezionalità sulla sussistenza dei presupposti di formazione.

Questo dubbio, però va fugato: si tratta pur sempre di un'attestazione, di una certificazione, priva di contenuto volitivo, essendo una dichiarazione di scienza riferibile solo alla scadenza del termine. Cioè l'attestazione non può essere equiparata a provvedimento espresso e non impone all'amministrazione di fare verifiche sui presupposti relativi ai presupposti

sull'accogliabilità. Se, infatti, l'amministrazione a seguito della richiesta si accorge che il silenzio è intervenuto *contra legem*, sarà semmai tenuta ad avviare un procedimento di annullamento del silenzio attestato.

In secondo luogo, problemi interpretativi li pone la natura della dichiarazione sostitutiva. Trattasi infatti di una dichiarazione che sostituisce una attestazione, cioè una certificazione: e qui già c'è una confusione di piani.

Orbene tale dichiarazione è equipollente alla attestazione amministrativa, sicchè ci si deve chiedere se si tratti di atto privato o, invece, di una vera e propria attestazione rilasciata nell'esercizio privato di pubbliche funzioni.

La *ratio* della norma sembrerebbe deporre a favore di quest'ultima tesi (per la necessità di chiudere il cerchio): sicchè sembrerebbe che l'interessato sia diventato un commissario civico alla certezza dei tempi procedurali.

4. Con l'art. 64, si è proceduto a modificare l'art. 21-*nonies*, l. 241/90, riducendo il termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio degli atti autorizzatori e delle sovvenzioni, passando da 18 a 12 mesi. C'è peraltro da chiedersi se un termine così ridotto sia effettivamente ragionevole.

5. A mio modo di vedere, queste disposizioni sono assolutamente insufficienti, se lo scopo – come lo è – è quello di accelerare i procedimenti amministrativi, in relazione al PNRR che impone il rispetto rigoroso dei *miles stones* individuati dal medesimo Piano.

Il giudizio di insufficienza deriva dalla constatazione che mentre il legislatore spinge per accelerare, la giurisprudenza come Penelope di notte, disfa di notte la tela legislativa faticosamente creata.

Cerco di spiegarmi meglio.

Non si può sottacere che nell'aprile scorso il Consiglio di Stato, con adunanza plenaria n. 7, ha perso la grande occasione di un avanzamento di tutela in materia di tempi e termini del procedimento amministrativo.

Come noto, difatti, il CGA per la regione siciliana aveva posto la questione se la responsabilità da ritardo avesse, o meno, natura contrattuale.

La risposta del Consiglio di Stato è stata negativa.

A tal fine, è stato evidenziato dall'adunanza plenaria che la disciplina dei tempi del procedimento si inserisce nel rapporto potestà-soggezione, sicchè le relative pretese si risolvono in interesse legittimi, con conseguente configurazione della natura della responsabilità da ritardo in termini extracontrattuali.

Diverse potrebbero essere le critiche da rivolgere a questa pronuncia: me ne limiterò a due.

In primo luogo, la sentenza risulta essere in controcorrente rispetto agli orientamenti legislativi che, in maniera sempre più crescente, tendono a considerare il "fattore tempo" come un bene della vita a sè, e come obiettivo prioritario dell'ordinamento giuridico. Non solo, dunque, un diritto, ma un vero e proprio "interesse pubblico alla celerità del procedimento", da intendersi come valore primario dell'ordinamento.

In secondo luogo, si negano, dunque, i più autorevoli e maggioritari orientamenti dottrinali che avevano configurato la pretesa al rispetto dei tempi procedurali come un "diritto al termine". Inquadrandolo il "tempo" come un bene a sè stante, che si inserisce in un rapporto obbligatorio, secondo lo schema diritto-obbligo.

Ecco il salto di cui ci sarebbe veramente bisogno: una espressa previsione legislativa volta a configurare l'aspettativa al rispetto dei tempi procedurali in termini di "diritto pubblico soggettivo", come diritto chiaro, preciso ed incondizionato.

Occorre, dunque, passare dalla logica del potere discrezionale a quella del rapporto obbligatorio.

Se, infatti, la questione della celerità del procedimento è concepita come un fattore lasciato al potere amministrativo ed al suo agire discrezionale, ciò equivale adagiarsi alla *diuturnitas* amministrativa fatta di lungaggini, riposi, sospensioni, rimandi, navette, rimbaldi di competenza, etc.

Occorre, invece, affermare la natura obbligatoria, in termini di rapporto obbligatorio, della disciplina sul termine del procedimento.

Occorre affermare nettamente che il rispetto del termine è un obbligo dell'amministrazione ed un correlativo diritto del privato.

Se non si taglia la nuova "foresta pietrificata" eretta dalla giurisprudenza, sarà difficile che l'amministrazione sia capace di adeguarsi alla pressante richiesta di riforme da parte dell'Europa.

Nessun passo decisivo in avanti altrimenti può essere fatto e ci dovremmo rassegnare ad una amministrazione dai "tempi senza tempo".

[1] Intervento al webinar "Stato, Autonomie territoriali, imprese e cittadini per l'attuazione del PNRR", Fondazione Flaminia e Spisa, Ravenna, 15 luglio 2021.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2037 – 24 novembre 2021

Prmissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

di Francesco Paolo Bello

Sommario: 1. Premessa. 2. L’attendismo del legislatore e l’interventismo del Consiglio di Stato. Tra interpretazione e creazionismo. 3. L’applicabilità delle regole pro-concorrenziali alle concessioni balneari. 3.1. La sussistenza dell’interesse transfrontaliero. 3.2. La direttiva *Bolkestein* quale misura di liberalizzazione e la non incidenza sulle prerogative nazionali in materia di turismo. 3.3. Il lido del mare quale “*asset aziendale*”. 3.4. La natura auto-esecutiva della direttiva *Bolkestein* e obbligo di disapplicazione della disciplina nazionale da parte della p.A. 4. Le “linee guida” del Consiglio di Stato. 4.1. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e insussistenza della responsabilità penale. 4.2. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e tutela dell’affidamento del concessionario. 4.3. Insussistenza di un legittimo affidamento dei concessionari. 5. Rimozione degli effetti dell’atto di proroga e autotutela. 5.1. Proroga della concessione e assenza di potere autoritativo. 5.2. Attività vincolata, potere autoritativo e giurisdizione. 5.3. Atto di “rimozione degli effetti della proroga”, principio di legalità e (a)tipicità degli atti amministrativi. 6. Disapplicazione della norma anti-comunitaria e giudicato. 7. Sulla modulazione degli effetti temporali della sentenza. 7.1. Il termine del 31 dicembre 2023 e le prerogative del legislatore.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 17 dello scorso 9 novembre 2021 (e con la “gemella” n. 18, rese rispettivamente nell’ambito di giudizi di appello alle sentenze pronunciate da Tar Sicilia – Catania, n. 504/2021 e da Tar Puglia – Lecce, n. 73/2021) l’Adunanza plenaria del Consiglio

di Stato è intervenuta sulla notissima questione del regime giuridico delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (c.d. “concessioni balneari”).

Si tratta di una decisione ricca di spunti e che si offre come oggetto di studio per i numerosi profili di carattere processuale e sostanziale che vengono in rilievo.

Il presente scritto si propone di accompagnare il lettore in una prima analisi ragionata dei passaggi più rilevanti della sentenza, rinunciando ad approfondimenti di carattere teorico e giurisprudenziale che richiederebbero tempi più distesi e che saranno certamente oggetto di prossime riflessioni della dottrina.

2. L’attendismo del legislatore e l’interventismo del Consiglio di Stato. Tra interpretazione e creazionismo.

È il presidente del Consiglio di Stato che, esercitando il potere officioso previsto dall’art. 99, comma 2, c.p.a., ha deferito l’affare alla plenaria in ragione della “*particolare rilevanza economico-sociale*” della questione ed al fine di “*assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali*”.

La decisione dell’Adunanza plenaria, dunque, è dichiaratamente rivolta non solo al Giudice amministrativo – chiamato evidentemente a tenerne conto onde garantire *pro futuro* un’uniformità di orientamenti giurisprudenziali – ma anche a tutte le pubbliche amministrazioni (diverse, ovviamente, dall’appellata) interessate da procedimenti relativi a concessioni balneari.

Sin dal procedimento che ha dato luogo alla pronuncia, caratterizzato da un inusuale atto d’impulso del Presidente del Consiglio di Stato, emerge la volontà del supremo organo di giustizia amministrativa di intervenire in maniera risolutiva in una materia sulla quale il legislatore – nonostante le sollecitazioni derivanti dal diritto dell’Unione, dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione europea – ha troppo a lungo serbato una condotta attendista, volta a non modificare nella sostanza il regime giuridico previsto tradizionalmente dall’ordinamento interno.

Il diritto europeo, tuttavia, specie quando si occupa di mercato e di tutela della concorrenza (molto meno, per vero, quando si occupa di diritti fondamentali) possiede una straordinaria capacità di penetrazione negli ordinamenti nazionali e riesce a vincere le resistenze opposte, volta a volta, dai legislatori, dalla giurisprudenza, dalle amministrazioni degli Stati membri.

Nella vicenda che ci occupa i principi pro-concorrenziali propri del diritto europeo – che in maniera quasi carsica hanno tracciato lentamente il proprio percorso nella “materia dura” delle concessioni demaniali – riaffiorano attraverso l’iniziativa del Presidente del Consiglio di Stato e la voce dell’Adunanza plenaria.

Come meglio diremo nel prosieguo, siamo innanzi ad una pronunzia nella quale il Giudice esercita una funzione di supplenza rispetto ad un legislatore neghittoso e crea una *regula juris* che dovrebbe condizionare l’operato futuro delle Amministrazioni e, addirittura, del legislatore.

Si tratta di un ruolo di supplenza non certo nuovo per la giurisprudenza (ed in particolare per il Consiglio di Stato), ma che dovrebbe comunque rivestire il carattere dell'eccezionalità. Nel caso di specie, i Giudici di Palazzo Spada hanno affrontato in maniera innovativa delicati profili problematici di carattere sostanziale e processuale – attinenti, ad esempio, alla natura *self executing* delle direttive, al rapporto tra sentenze della Corte di Giustizia e giudicato nazionale, alla natura degli atti di proroga delle concessioni – sconfinando talvolta nel creazionismo e spingendosi sino ai confini del potere giurisdizionale.

Tali confini, tracciati dalla Costituzione per garantire un ovvio equilibrio tra i poteri dello Stato, paiono, anzi, esser stati superati nella parte in cui l'Adunanza plenaria: a) ha individuato, secondo il proprio apprezzamento degli interessi in gioco, un termine futuro (31.12.2023) a partire dal quale le concessioni cesseranno di produrre effetto (§ 48); b) ha preannunciato i criteri che dovranno essere seguiti nelle gare pubbliche per l'attribuzione delle concessioni (§ 49); c) ha addirittura anticipato un giudizio di “*non applicabilità*” di eventuali leggi di proroga che il legislatore, nell'esercizio della propria funzione, dovesse ritenere di introdurre.

3. L'applicabilità delle regole pro-concorrenziali alle concessioni balneari.

La questione di fondo attiene alla sussistenza di eventuali profili di contrasto tra la normativa europea e la disciplina nazionale che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere (art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, nonché art. 182, comma 2, d.l. 19 n. 34/2020).

Il Consiglio di Stato (§ 12) ricorda che la questione è stata già affrontata dalla Corte di Giustizia con la sentenza 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15 (*Promoimpresa*).

Nell'occasione la Corte ha affermato che: a) l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE (c.d. *direttiva Bolkestein*) osta a una misura nazionale che preveda la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; b) l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consenta una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo.

I principi dettati dalla Corte in *Promoimpresa* sono stati recepiti dalla giurisprudenza nazionale ma, non di meno, sono stati messi in discussione dalla dottrina sotto il profilo della insussistenza dell' “interesse transfrontaliero certo”, nonché in relazione alla asserita non riconducibilità delle concessioni demaniali alla nozione di “autorizzazione di servizi” e quindi all'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva.

3.1. La sussistenza dell'interesse transfrontaliero.

In riferimento alla sussistenza dell' “interesse transfrontaliero certo” la plenaria svolge un'analisi sul “*mercato delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative*” (§ 16), ritenendo che i beni demaniali debbano, nella materia in questione, essere “*valutati unitariamente e*

complessivamente” senza potersi ammettere un “*artificioso frazionamento*” del patrimonio costiero nazionale.

Da tale premessa discende che la procedura per l'affidamento di una singola concessione demaniale non possa esser considerata in maniera isolata e, pertanto, non sfugge alle regole pro-concorrenziali di derivazione europea.

In altri termini, è proprio la considerazione unitaria dei beni demaniali in questione, che consente al Giudice di ritenere sussistente l’“interesse transfrontaliero”.

Ma anche sul punto sembra quasi che il Consiglio di Stato si sia sentito investito del “dovere” di intervenire in un settore nel quale il sistema-paese – per effetto della combinazione di norme primarie e decisioni delle singole amministrazioni – si è reso responsabile di una gestione gravemente inefficiente di una rilevante risorsa pubblica.

Osserva il Collegio che “*il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime*”; e soggiunge: “*pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale (...), ma, soprattutto e ancor prima, per quello che più ci interessa ai fini del presente giudizio, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione*” (§ 16).

L'inefficienza del sistema assume rilievo per l'Ad. plenaria non sotto il profilo dei minori introiti per l'erario, quanto piuttosto per il pregiudizio per la libertà di stabilimento e per la libera circolazione dei servizi.

3.2. La direttiva *Bolkestein* quale misura di liberalizzazione e la non incidenza sulle prerogative nazionali in materia di turismo.

Ponendosi in dichiarata continuità con quanto affermato dalla Corte di Giustizia in *Promoimpresa*, il Consiglio di Stato analizza gli argomenti dell'appellante, volti a superare le conclusioni cui era pervenuto il Giudice europeo.

Si afferma così che “*la direttiva 2006/123 deve essere considerata una direttiva di liberalizzazione, nel senso che è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio*” (§ 21) escludendo, dunque, la necessità di una preventiva armonizzazione delle normative nazionali applicabili al settore delle concessioni demaniali.

Inoltre, l'applicazione della direttiva 2006/123 anche alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa è ritenuta non in contrasto con l'art. 195 TFUE, in forza del quale, in materia di turismo, l'Unione europea si limita soltanto ad una politica di accompagnamento, con esclusione di “*qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*”. Sotto tale profilo, l'introduzione di regole pro-concorrenziali anche per le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, non inciderebbe sulle prerogative nazionali in materia di turismo: “*il rilascio della concessione rappresenta, infatti, solo una precondizione*

per l'esercizio dell'impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva" (§ 23).

3.3. Il lido del mare quale "asset aziendale".

L'Adunanza plenaria, poi, ritiene non condivisibile la tesi secondo la quale le concessioni balneari non potrebbero essere qualificate in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva. Muovendo dall' "*ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione*" (§ 24), il Giudice nazionale affronta la distinzione, propria del nostro diritto interno, tra concessione (del bene) ed autorizzazione (dell'attività che detto bene include nel processo produttivo).

Osserva, così, che nella prospettiva europea, alla quale la plenaria dichiaratamente aderisce, il provvedimento di concessione "*nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi?*".

Logica conseguenza di siffatta impostazione è che "*il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara?*".

Si tratta di una prospettiva che certamente mette in crisi la costruzione teorica dello stesso istituto della concessione di beni pubblici: il bene assume rilievo solo in quanto inserito nel processo produttivo aziendale non in quanto oggetto funzionalmente destinato, in una prospettiva di doverosità, ad assolvere un interesse pubblico legato all'*utilitas* ritraibile dal bene da parte della generalità dei consociati.

Tuttavia, il Consiglio di Stato si mostra attento alle dinamiche proprie di una società in costante evoluzione ed alla realtà degli assetti di rapporti e di interessi inevitabilmente condizionati dalle regole economiche. È innegabile, infatti, che nel reale e concreto atteggiarsi delle concessioni che interessano il lido del mare, le finalità di interesse pubblico sembrano rimanere sullo sfondo o, tutt'al più, sono richiamate come doveroso ossequio alla natura ed alla funzione che la concessione assolve nell'ordinamento.

Solo così si spiegano le situazioni diffuse di interi tratti di spiaggia di fatto "privatizzati" e sottratti (in concreto) alla pubblica e gratuita fruizione; la frequente assenza, nelle convenzioni accessorie al provvedimento ampliativo, di obblighi particolarmente stringenti di tutela del bene pur a fronte dei gravi fenomeni di erosione che affliggono sempre più il litorale; gli importi irrisori dei canoni concessori, con grave pregiudizio per l'interesse pubblico riguardato sotto il profilo economico. Se, in altri termini, le concessioni balneari non assolvono più (e da tempo) a quell'interesse pubblico che costituisce il fondamento teorico dell'istituto concessorio, sembra corretto, anche in una logica sostanzialista, assoggettare lo sfruttamento economico del bene alle regole della concorrenza (e, dunque, alla liberalizzazione dei servizi), eliminando situazioni di vantaggio o addirittura di privilegio

per taluni operatori economici, che si sono cristallizzate nel tempo ma che non hanno ragione di persistere.

3.4. La natura auto-esecutiva della direttiva *Bolkestein* e obbligo di disapplicazione della disciplina nazionale da parte della p.A..

La sentenza afferma la natura auto-esecutiva dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* e da tale presupposto fa discendere l'illegittimità della disciplina nazionale (che prevede la proroga *ex lege* fino al 2033) e l'obbligo di disapplicazione della stessa.

La natura *self executing* della disposizione è data quasi per scontata e non è oggetto di approfondimento nell'argomentare del Consiglio di Stato (§ 26-27) che, al contrario, si sofferma sull'obbligo di disapplicazione della norma da parte dell'autorità amministrativa.

Il principio di primazia del diritto dell'Unione, come è noto, è stato esplicitato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Costa* (15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*), per poi essere declinato nell'obbligo di disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto Ue (13 luglio 1972, in causa 48/71, *Commissione c. Italia*), quindi espressamente riferito all'autorità giudiziaria (9 marzo 1978, in causa 106/77, *Simmenthal*) ed agli organi dell'Amministrazione (22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*). Evidentemente non è in discussione l'astratta applicabilità di siffatto principio, sulla quale esistono “*orientamenti giurisprudenziali (elaborati dai giudici europei e nazionali) (...) consolidati e granitici*”. La questione che presenta profili più problematici attiene all'obbligo di disapplicazione da parte della p.A. delle disposizioni nazionali in contrasto non già con i regolamenti Ue, ma con le direttive *self executing*.

Il Tar Puglia – Lecce, con sentenza n. 1341/2020 (richiamata nella sentenza resa dal Tar Sicilia – Catania, n. 504/2021 ed impugnata innanzi al Consiglio di Stato nel giudizio che ha occasionato la pronuncia in commento), attraverso un ragionamento articolato e non privo di suggestioni, aveva negato la sussistenza di un obbligo di disapplicazione da parte della p.A. della legge italiana in contrasto con la direttiva.

In particolare, il Tribunale leccese ha evidenziato che la disapplicazione della legge presuppone un'attività di esegesi della norma, da svolgersi secondo le note regole dell'interpretazione. Si tratta di regole, osserva il Giudice, che possono condurre anche ad un'interpretazione abrogativa che, tuttavia, presenta profili di particolare criticità in quanto “*può condurre ad una violazione delle regole, dei ruoli e delle competenze attribuiti dall'ordinamento rispettivamente al Giudice e al Legislatore*”.

Ma “*proprio in ragione della delicatezza e complessità della interpretazione abrogativa*” – nel nostro caso finalizzata alla disapplicazione della norma – l'ordinamento nazionale, laddove il contrasto ricorra con riferimento ad una norma della Costituzione, attribuisce al Giudice la facoltà di sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte Costituzionale; simmetricamente, osserva il Tar Lecce, “*l'ordinamento euro-unionale, proprio in vista dell'eventuale disapplicazione da parte del giudice della norma nazionale in conflitto con la norma comunitaria, attribuisce allo stesso il potere di sospensione del giudizio e di rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di Giustizia*”.

Dall'assenza di qualsivoglia potere per l'Amministrazione pubblica di rimettere alla Corte costituzionale (o alla Corte di Giustizia) la questione di legittimità (costituzionale o

“comunitaria”) di una norma di legge, il Tar Lecce desume l’obbligo per la p.A. di applicare la legge nazionale e di adottare provvedimenti coerenti con la stessa. Di contro, ammettendo il potere/dovere delle p.A. di disapplicare la norma interna anti-comunitaria si determinerebbe “*una situazione caotica ed eterogenea, nonché caratterizzata in ipotesi da disparità di trattamento tra gli operatori a seconda del comune di riferimento*”.

La tesi pone in evidenza come l’obbligo di disapplicazione in capo alla p.A. della norma nazionale in (presunto) contrasto con una norma Ue anche non direttamente ed immediatamente applicabile finisca per costituire un rilevante fattore di incertezza. In nome dell’esigenza di garantire l’uniforme applicazione del diritto europeo da parte di tutti gli organi degli Stati membri si rimette una complessa attività di esegesi a soggetti che, per la stessa funzione che assolvono nell’ordinamento, potrebbero non avere le competenze necessarie a garantire una lettura uniforme e giuridicamente corretta delle disposizioni.

L’Adunanza plenaria, in proposito, ritiene che la tesi della non disapplicabilità da parte della p.A. della legge in contrasto con una direttiva *self-executing* cada in una contraddizione logica (§ 34.3): se pure si ammettesse “*che la legge in contrasto con la direttiva self-executing non sia disapplicabile dalla p.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l’atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anti-comunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato (...) immaginare un’Amministrazione ‘costretta’ ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all’asserita difficoltà di individuare le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini*”.

La tesi non pare del tutto persuasiva.

Ed in vero è il legislatore che, in prima battuta, deve evitare situazioni di possibile contrasto tra norma interna anti-comunitaria e direttiva *self executing*, recependo tempestivamente e puntualmente la direttiva attraverso una norma interna. Qualora per effetto dell’inerzia del legislatore, si verifichi una situazione di (ipotetico) contrasto tra il diritto nazionale e la disposizione di una direttiva auto-esecutiva, pare ragionevole che la soluzione sia rimessa alla Giurisdizione nel suo complesso (“*che - attraverso il ricorso ai mezzi di impugnazione ordinaria e straordinaria - garantisce uniformità di applicazione della norma sul territorio nazionale*”, Tar Lecce, n. 1341/2020) e non già alle singole amministrazioni.

L’inerzia e l’inottemperanza del legislatore agli obblighi di recepimento rischierebbero di divenire “croniche” – specie in materie, come quella in esame, che involgono interessi economici rilevanti e quindi scelte politiche potenzialmente impopolari – se si delegasse alle Amministrazioni (prima ancora che al giudice) il compito di risolvere le aporie determinate dalla neghittosità del Parlamento.

Ritenere sussistente in capo alla p.A. l’obbligo di disapplicazione della norma interna in contrasto con la direttiva auto-esecutiva, significa indirettamente chiamare le Amministrazioni a svolgere un compito (di uniformare il diritto interno a quello dell’Unione) che è proprio del legislatore e che questi dovrebbe esercitare difendendo le proprie prerogative.

La crisi del sistema rischia così di scaricarsi sul potere esecutivo non meno che su quello giurisdizionale (chiamato da tempo ad un ruolo di supplenza) e di minare alcuni pilastri dell’assetto ordinamentale.

D'altra parte, non è privo di significato che il Consiglio di Stato, pur affermando la diretta disapplicabilità da parte della p.A. delle norme nazionali in contrasto con la direttiva *Bolkestein*, abbia sentito comunque il bisogno di fornire, con la sentenza in commento, delle “linee guida” per le Amministrazioni, onde scongiurare il rischio derivante da un’atomizzata applicazione del diritto europeo rimessa all’apprezzamento ed all’autonomia dei singoli enti.

4. Le “linee guida” del Consiglio di Stato.

Chiarito che “*la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva self-executing, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione*” (§ 36) – e che, quindi, la normativa italiana sulla proroga delle concessioni balneari deve essere disapplicata siccome in contrasto con l’art. 12 della direttiva – il Consiglio di Stato si fa carico di attenuare l’impatto della propria decisione sugli operatori economici e sulle Amministrazioni attraverso una serie di considerazioni che esulano dal *thema decidendum*.

Alcuni passaggi della sentenza, infatti, non rispondono in alcun modo ai quesiti posti dal decreto di deferimento all’Adunanza plenaria e riflettono un evidente intento didascalico del Collegio.

4.1. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e insussistenza della responsabilità penale.

A tal proposito, sembra che il Consiglio di Stato abbia quasi voluto rassicurare gli operatori economici titolari di concessioni prorogate – i cui interessi sono pesantemente incisi dai principi enunciati nella sentenza in commento – allorché ha affermato che la disapplicazione della legge, sebbene faccia venir meno il titolo che legittima l’occupazione del suolo demaniale, “*non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell’Unione non può mai produrre effetti penali diretti in malam partem*” (§ 37).

4.2. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e tutela dell’affidamento del concessionario.

Secondo l’Adunanza plenaria, alla disapplicazione della legge nazionale da parte della p.A. non osta neanche l’esigenza di tutelare l’affidamento del concessionario.

Sotto il profilo teorico la questione attiene alla possibilità di contemperamento tra il principio di “legalità comunitaria” e le esigenze di stabilità degli effetti del provvedimento, in particolare in relazione alla necessità di garantire l’affidamento generato in capo all’operatore economico.

Il Collegio chiarisce, anzitutto, che l’eventuale affidamento (ove legittimamente sorto in capo al concessionario) non potrebbe mai determinare il perdurare degli effetti della proroga automatica anti-comunitaria, ma, tutt’al più potrebbe trovare tutela attraverso la previsione

di regole adeguate nell'ambito della gara da indire dopo la declaratoria di inefficacia della concessione prorogata.

Infatti, ai sensi dell'art. 12, comma 3, della direttiva, nello stabilire le regole della procedura di selezione, gli Stati membri possono tener conto di “*motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario*”, tra i quali rientra, secondo la Corte di Giustizia, anche la tutela del legittimo affidamento. In *Promoimpresa*, infatti, la Corte aveva sottolineato che “*una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione*” (§ 56).

E così l'Adunanza plenaria, dopo aver circoscritto la rilevanza (in astratto) dell'affidamento al solo ambito delle regole di una gara che andrà comunque indetta, lascia intravedere, ancorché in filigrana, come nella vicenda della proroga *ex lege* delle concessioni balneari, in realtà, gli operatori economici difficilmente potranno invocare un affidamento meritevole di tutela.

Osserva infatti il Collegio che “*qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato*” (Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09)” (§ 38).

4.3. Insussistenza di un legittimo affidamento dei concessionari.

Secondo il Consiglio di Stato l'affidamento “legittimo” - e dunque idoneo a paralizzare l'effetto della direttiva *Bolkestein* o almeno suscettibile di esser ponderato nell'esercizio dell'autotutela – non sussisterebbe “nella *materia* in esame” (non “nel caso specifico” portato alla cognizione del Collegio, ma nell'intera “materia”!) e tanto per molteplici ragioni (§ 38.1, 38.2):

- 1) già prima della direttiva parte della giurisprudenza aveva rilevato criticamente l'assenza di una procedura competitiva per l'assegnazione di tali concessioni;
- 2) a partire dal 2008 era stata avviata una prima procedura di infrazione, su segnalazione dell'AGCM;
- 3) con numerose pronunce rese a partire dal 2010 la Consulta aveva dichiarato costituzionalmente illegittime (per violazione dei principi nazionali ed europei attinenti alla concorrenzialità del mercato ed alla libertà di stabilimento) le leggi regionali che ammettevano la proroga delle concessioni.

In altri termini le plurime procedure di infrazione, l'adozione della direttiva *Bolkestein*, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Corte costituzionale, del Giudice amministrativo, non potevano consentire all'operatore economico di confidare sulla stabilità degli assetti determinati dal provvedimento ampliativo e dall'atto di proroga.

D'altro canto, anche la Corte costituzionale ci ricorda che *“il valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica trova sì copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ma non già in termini assoluti e inderogabili (...) La posizione giuridica che dà luogo a un ragionevole affidamento nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio deve risultare adeguatamente consolidata, sia per essersi protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento”* (31 marzo 2015, n. 56, punto 4.1. in diritto).

Nel caso del rinnovo delle concessioni balneari il quadro ordinamentale era tale per cui un operatore economico diligente avrebbe probabilmente potuto prevedere l'introduzione di un assetto regolatorio che rendesse inefficace le concessioni adottate (e le relative proroghe) in assenza di procedure comparative.

Ma se, come pare, il Consiglio di Stato non ritiene sussistente un affidamento “legittimo” in capo ai concessionari uscenti, l'affermazione secondo la quale *“l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà (...) essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo”* (§ 49) sembra inserita più per mitigare lo scontento dei concessionari che per dettare una regola in concreto applicabile; una “promessa” dell'indennizzo aleggia senza essere destinata a concretizzarsi.

È lo stesso Giudice, infatti, a ribadire che l'indennizzo dovrà essere riconosciuto *“ove ne ricorrano i presupposti”*, presupposti che, tuttavia nella tormentata e risalente vicenda delle proroghe delle concessioni balneari non possono in concreto ritenersi sussistenti proprio perché era chiaro da tempo che le “soluzioni tampone” perseguite dal legislatore italiano erano fortemente sospettate di essere illegittime.

Non è un caso che il Collegio ricordi come proprio in virtù del principio di certezza del diritto (cui la tutela dell'affidamento si correla) la Corte di Giustizia abbia sì ammesso un “periodo transitorio” nella risoluzione di una concessione, ma in relazione ad una concessione attribuita nel 1984, *“quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza”*.

5. Rimozione degli effetti dell'atto di proroga e autotutela.

Con il decreto presidenziale di deferimento, l'Adunanza plenaria era stata chiamata anche a chiarire se, in adempimento dell'obbligo di disapplicazione, *“l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio”*.

5.1. Proroga della concessione e assenza di potere autoritativo.

Per rispondere al quesito, il Collegio muove dalla natura giuridica dell'atto di proroga adottato e sul quale l'Amministrazione sarebbe chiamata a pronunciarsi per effetto della sentenza oggi in commento.

Sul punto l'Adunanza plenaria ritiene che l'atto di proroga *“sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile”*: sarebbe la legge e non l'atto amministrativo ad aver determinato l'effetto di posticipare la cessazione degli effetti della concessione al 31 dicembre 2033.

L'eventuale atto amministrativo di proroga, pertanto, non costituirebbe la fonte della modificazione della sfera giuridica del destinatario, ma si limiterebbe a dichiarare un effetto voluto e prodotto *ex se* dalla legge.

L'atto ricognitivo, peraltro, non sarebbe espressione *“del potere autoritativo riconosciuto alla soggettività pubblica, pur essendo comunque riconducibile alla posizione dell'Amministrazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale”* (§ 43). L'atto di proroga, nell'accennata prospettazione, sarebbe funzionale *“a rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso”*.

Le ragioni di speditezza dei traffici – che sottendono all'esercizio di una funzione volta ad immettere certezza nell'ordinamento attraverso l'atto (non provvedimento) di proroga – fonderebbero la doverosità di un atto con il quale si attesti che la concessione è soggetta ad un diverso termine di scadenza quale effetto della disapplicazione della legge che tale proroga aveva disposto.

In altri termini l'atto emanato in seconda battuta non sarebbe espressione di un potere di autotutela: *“il potere di autotutela quale potere di regolamentare una seconda (rectius “ulteriore”) volta, in aderenza al principio di buon andamento e continuità dell'azione amministrativa, il rapporto di diritto pubblico (e l'interesse pubblico ad esso sotteso) presuppone detto potere di regolamentazione che, come sopra evidenziato, è stato invece avocato a sé dal legislatore. In altre parole, il provvedimento di secondo grado in cui si esprime l'autotutela non può avere ad oggetto una disciplina contenuta nella legge”* (§ 43).

5.2. Attività vincolata, potere autoritativo e giurisdizione.

Le argomentazioni del Consiglio di Stato si muovono sul terreno (per vero alquanto impervio) del rapporto tra potere autoritativo e attività vincolata.

Il terreno appare impervio perché secondo una parte della giurisprudenza, la natura vincolata dell'atto e l'assenza di discrezionalità (sia tecnica che amministrativa), comporterebbero l'assenza di un potere autoritativo in capo all'Amministrazione e, dunque, la sussistenza della giurisdizione del Giudice ordinario. Di recente, ad esempio, si è affermato (in relazione ad un'attività di certificazione di un credito) che se *“all'amministrazione non compete alcuna discrezionalità né amministrativa, né tecnica, bensì soltanto il compito di verificare la sussistenza dei requisiti prescritti per la certificazione”*, l'attività posta in essere dall'amministrazione non è di tipo autoritativo ma meramente ricognitiva e certificativa (non costitutiva), sicché rispetto all'atto di *“annullamento d'ufficio”* del relativo certificato, non sussisterebbe la giurisdizione del g.a. (Tar Sicilia – Palermo, sez. I, n. 1763/2021).

Nel giudizio d'appello, il C.G.A.R.S. ha ritenuto, al contrario, sussistente la giurisdizione amministrativa: *“la circostanza che il potere amministrativo sia vincolato - e cioè che il suo esercizio sia predeterminato dalla legge nell'an e nel quomodo - non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica, assimilabile ad un diritto potestativo, ove l'Amministrazione eserciti una funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge, quale soggetto incaricato della cura di*

interessi pubblici generali, esulanti dalla propria sfera patrimoniale: il potere vincolato, dunque, resta comunque espressione di 'supremazia' o di 'funzione', con il corollario che dalla sua natura vincolata derivano conseguenze non sul piano della giurisdizione, ma su quello delle tecniche di tutela" (13 settembre 2021, n. 802).

La dottrina si sta già interrogando sull'impatto della decisione dell'Adunanza plenaria sul dibattuto tema dei limiti della giurisdizione del g.a. in relazione all'atto vincolato (sul quale, cfr., tra le tante, Ad. plen. n. 8/2007) adombrando la possibilità che la sentenza in commento sia affetta da "eccesso di potere giurisdizionale".

Ma tale approdo teorico non è privo di conseguenze pratiche: la sentenza in commento potrebbe, sotto tale profilo, essere suscettibile di sindacato innanzi alla Corte di Cassazione, aprendo così un possibile varco nel muro eretto dal Consiglio di Stato intorno alla propria decisione.

5.3. Atto di "rimozione degli effetti della proroga", principio di legalità e (a)tipicità degli atti amministrativi.

Una possibile spiegazione dell'impostazione seguita dalla Plenaria può rinvenirsi nella volontà di sottrarre l'azione amministrativa, nella materia che ci occupa, al potere di autotutela decisoria con i suoi limiti legali di recente introduzione. Ed infatti, negando che l'atto di proroga abbia natura provvedimentoale (negando, dunque, che alla base della proroga vi sia un potere autoritativo suscettibile di una riedizione per effetto della disapplicazione della legge anti-comunitaria) si arriva ad escludere che lo stesso possa essere oggetto di annullamento d'ufficio o di revoca.

Qualora alla proroga si riconoscesse natura provvedimentoale, infatti, due sarebbero le strade astrattamente configurabili per pervenire alla eliminazione degli effetti durevoli della stessa: 1) i provvedimenti di proroga adottati prima di *Promoimpresa* potrebbero essere oggetto di una revoca fondata sulla sopravvenienza normativa (rappresentata dalla sentenza della Corte) e sull'interesse pubblico all'uniforme applicazione del diritto europeo sopravvenuto; 2) i provvedimenti successivi a *Promoimpresa* potrebbero esser annullati d'ufficio per violazione del diritto europeo siccome interpretato dalla Corte.

In entrambi i casi il potere di autotutela decisoria dell'Amministrazione incontrerebbe i limiti stringenti dettati dall'ordinamento.

In caso di revoca l'Amministrazione dovrebbe anzitutto fornire adeguata motivazione (in ordine alla prevalenza dell'interesse pubblico all'eliminazione degli effetti del provvedimento sull'interesse del concessionario alla conservazione degli stessi) ma, soprattutto, dovrebbe indennizzare il pregiudizio patito dai concessionari.

Per altra via, il provvedimento di annullamento d'ufficio non solo dovrebbe dar conto dell'interesse pubblico in concreto (differente rispetto all'interesse al mero ripristino della legalità euro-unitaria violata), ma dovrebbe essere adottato nel termine di 12 mesi, schiudendo comunque la strada al risarcimento del danno ingiusto patito dal concessionario.

Quale che sia la ragione, dobbiamo registrare come a fronte di un quesito puntuale formulato (nel decreto di deferimento) in ordine all'applicabilità dell'art. 21 *octies* l. n. 241/1990 all'atto

di “riesame”, l’Adunanza plenaria sia rimasta sfuggente allorché ha affermato che “*non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della p.A. in quanto l’effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata*”, tradendo il suo intento allorquando precisa che “*l’Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela (con i vincoli che la caratterizzano)*”.

Per altra via resta oscura la natura giuridica dell’atto “successivo” che l’Amministrazione dovrebbe adottare per “*rendere pubblica l’inconsistenza oggettiva dell’atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto*” (§ 43). Ma questa “oscurità” non è priva di conseguenze sul piano giuridico se si pone mente al principio di tipicità degli atti amministrativi.

Appare, infatti, in contrasto con il principio di tipicità e nominatività la previsione giurisprudenziale di un atto che “attesta” il mutamento del diritto applicabile e “dichiara” che un atto precedente ha cessato *ex lege* di produrre effetti ad una certa data.

6. Disapplicazione della norma anti-comunitaria e giudicato.

In ordine agli effetti della disapplicazione della legge nazionale sulle sentenze aventi ad oggetto la proroga delle concessioni, il ragionamento del Consiglio di Stato si apre con un richiamo ai “*principi di certezza e stabilità del diritto e dei rapporti giuridici di cui è espressione la res iudicata*”. Ricorda, infatti, il Collegio che “*il diritto europeo non impone a un giudice nazionale di non applicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto dell’Unione da parte di tale decisione*”.

Tuttavia nella notissima sentenza *Kühne & Heitz* (13 gennaio 2004, in causa C-453/00) la Corte ha individuato precise condizioni in presenza delle quali il principio di leale collaborazione di cui all’art. 10 TCE (oggi art. 4 del Trattato sull’Unione) impone all’autorità amministrativa, investita di un’istanza, di riesaminare il provvedimento definitivo, alla luce dell’interpretazione del diritto europeo accolta dalla Corte di giustizia dopo l’acquisizione del carattere della definitività della statuizione amministrativa a seguito della formazione del giudicato.

In quella giurisprudenza europea il declamato principio di “certezza del diritto” – che fonda il principio dell’intangibilità del giudicato – cede il passo all’addotta esigenza di uniforme applicazione del diritto europeo (siccome riveniente dall’interpretazione della Corte di giustizia).

La “certezza del diritto” sembra cadere, in tal modo, sotto i colpi del principio della “leale collaborazione”, piegata – come può forse apparire scontato, in considerazione dell’origine storica e della ancor attuale inclinazione della politica generale dell’Unione – agli interessi tipici del mercato.

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato sancisce la prevalenza del diritto europeo non solo nella vicenda portata alla cognizione del g.a. nel caso specifico, ma anche in tutti i casi in cui sia già intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale.

Secondo il Collegio “*in seguito al rinnovo della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata*” sicché vi sarebbe una parte di tale rapporto (quella successiva all’adozione della sentenza favorevole per il concessionario), che non sarebbe coperta dal giudicato e rispetto alla quale dovrebbe trovare applicazione la sopravvenienza normativa “*cui è equiparabile, appunto, la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia*”.

Ma anche volendo equiparare *tout court* (ai fini dell’incidenza dello *jus superveniens* su un rapporto di durata) la sentenza della Corte all’atto normativo, appaiono non adeguatamente esplorate le ricadute di tale opzione ermeneutica.

L’assetto delineato dal provvedimento (*recte* “atto ricognitivo”) di proroga, infatti, appare rafforzato dal giudicato formatosi in ordine alla legittimità dello stesso.

Resta da chiedersi quale atto dovrebbe adottare l’Amministrazione competente qualora volesse privare di effetti il provvedimento di durata così formatosi (e confermato dalla statuizione del Giudice intervenuta prima di *Promoimpresa*). Il che ci riporta alle considerazioni svolte in punto di autotutela nel paragrafo che precede.

Ma la tesi del Consiglio di Stato appare ancor meno convincente in relazione alle sorti dei rapporti di durata sui quali si sia formato un giudicato non già prima della “sopravvenienza normativa”, ma dopo la sentenza della Corte di Giustizia (*Promoimpresa* del 14 luglio 2016).

In altri termini se il Giudice amministrativo ha deciso una controversia dopo il 14 luglio 2016 in senso difforme dagli insegnamenti di *Promoimpresa*, non può certo sostenersi che i principi enunciati dalla Corte costituiscono *jus superveniens* idoneo a travolgere il giudicato.

Almeno in questi casi, dunque, il giudicato favorevole alle proroghe concesse non dovrebbe essere travolto dal diritto europeo (pre-esistente, ma evidentemente non applicato dal giudicante).

Ma l’Adunanza plenaria ritiene *sic et simpliciter* che anche in questo caso si produrranno gli effetti della non applicazione della normativa in esame.

La soluzione delineata è giustificata attraverso il richiamo al “*ruolo che svolge la presente pronuncia in punto di certezza del diritto relativo alle concessioni balneari sul territorio italiano, ruolo reso evidente, da un lato, dal deferimento d’ufficio della questione da parte del Presidente del Consiglio di Stato di cui al decreto n. 160 del 2021, dato il notevole impatto sistemico della questione e la rilevanza del rapporto tra il diritto nazionale e il diritto dell’Unione, e considerata la particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria “onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali”; e, dall’altro lato, dalla graduazione temporale degli effetti della presente pronuncia*” (§ 50).

Il Giudice in questo caso non ricerca la regola nella disposizione, ma “crea” una regola che pone in tensione principi angolari dell’ordinamento, quali l’intangibilità del giudicato e la soggezione del giudice, nell’esercizio della propria funzione, “soltanto” alla legge.

7. Sulla modulazione degli effetti temporali della sentenza.

Il Consiglio di Stato si è, evidentemente, sentito investito del compito di disciplinare la materia a fronte di un “riordino” sempre preannunciato dal legislatore ma mai attuato.

Consapevole degli effetti dirompenti che la propria decisione è destinata a produrre nel settore, la Ad. plenaria decide di modularli nel tempo. E così, muovendosi lungo il crinale che corre tra “*situazione di sicura incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto*” in “*un quadro di incertezza normativa*” e “*principio di certezza del diritto*”, si dispone che gli effetti della sentenza si producano dopo il 31 dicembre 2023.

Volendo fornire certezza si deroga al principio in forza del quale gli effetti della sentenza di annullamento si producono *ex tunc*.

Si ribadisce, così, la vigenza di un ulteriore elemento di incertezza rappresentato dalla modulabilità da parte del giudice degli effetti temporali della sentenza, ammessa dalla giurisprudenza allorquando vi sia “*il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni?*” (Ad. plen. n. 13/2017, che richiama Corte di Giustizia, 15 marzo 2005, in C-209/03).

La *prospective overruling* costituisce una risposta giurisprudenziale ad esigenze di tutela anche dell'affidamento ingeneratosi per effetto di un quadro di incertezza giuridica.

Nel caso che ci occupa, tuttavia, il Consiglio di Stato ha ritenuto non sussistente un affidamento meritevole e idoneo a paralizzare gli effetti dell'applicazione della direttiva (§ 38), ma, in modo contraddittorio, dispone l'applicabilità solo *pro futuro* del principio di diritto, fondandola proprio sull'esigenza di mitigare gli effetti della decisione su rapporti progressi “*costituiti in buona fede*”.

7.1. Il termine del 31 dicembre 2023 e le prerogative del legislatore.

A proposito dello slancio creazionista che sembra emergere in alcuni passaggi della sentenza in commento, occorre sottolineare che l'individuazione del termine del 31 dicembre 2023 è frutto di una valutazione degli interessi in gioco del tutto disancorata dal dato normativo.

È il Consiglio di Stato a ritenere che il lasso temporale di circa due anni sia: a) “*congruo rispetto all'esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall'improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere*”; b) non “*elusivo dell'obbligo di adeguamento della realtà nazionale all'ordinamento comunitario*”; c) adeguato rispetto al fine di “*consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali?*” (§ 47).

Il Giudice seleziona gli interessi rilevanti e li pondera approdando ad una soluzione che, tuttavia, dovrebbe esser propria del decisore politico chiamato ad assumersi la responsabilità – in sede politico elettorale – delle proprie scelte.

Ed invece un Parlamento inerte ed incapace di andare oltre l'annuncio di un riordino della materia, apre la strada alla decisione del *giudice-legislatore* che proietta un'ombra finanche sull'esercizio futuro della funzione legislativa.

Non può che destare preoccupazione, infatti, l'affermazione – senza dubbio mossa dal condivisibile intento di allineare l'ordinamento nazionale ai principi europei – secondo la quale “*eventuali proroghe legislative del termine così individuato (...) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo*”.

Considerazioni analoghe possono esser svolte in relazione all'esortazione rivolta al legislatore di “*farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti*” (§ 47), accompagnata dall'invito ad apprezzare e valorizzare “*in sede di gara profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale*” nonché “*il legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati*” (§ 49). La discrezionalità del legislatore e delle stazioni appaltanti sembra in qualche modo limitata *ex ante* dall'Adunanza plenaria allorché “*suggerisce*” di “*evitare ipotesi di preferenza 'automatica' per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato*” e di prediligere “*criteri che, nel rispetto della par condicio, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale*” (§ 49). Il legislatore è esortato ad individuare un limite alla durata delle concessioni che possa poi, in concreto, essere determinata dall'amministrazione aggiudicatrice tenendo conto del valore della concessione, della sua complessità organizzativa, del tempo necessario a garantire il recupero degli investimenti e la remunerazione del capitale investito.

La sensazione è che nel dichiarato tentativo di garantire “certezza del diritto” e di colmare un vuoto lasciato da un decisore politico troppo debole, il Consiglio di Stato abbia fornito soluzioni interpretative (talvolta “creative”) che introducono rilevanti fattori di incertezza sistemica i cui effetti rischiano di riverberarsi ben al di là del settore delle concessioni balneari andando a toccare gli stessi equilibri costituzionali dell'ordinamento.

L'auspicio è che sui profili problematici lambiti in questo scritto – così come su altri di sicuro interesse che rivengono dalla sentenza – la dottrina avvii un'approfondita riflessione ed un dialogo proficuo e critico con la giurisprudenza, esercitando, così, il ruolo che le è proprio nell'ordinamento.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2011 – 4 novembre 2021

Il principio della domanda nel giudizio di ottemperanza (nota a C.G.A.R.S., Sez. giur., 14 luglio 2021, n. 707).

di Domenico Bottega

Sommario: 1. Premessa - 2. La vicenda - 3. Il rito per la liquidazione dei danni di cui all'art. 34, co. 4, c.p.a.: la sentenza di determinazione dei criteri per il risarcimento del danno - 4 Il giudizio di ottemperanza per “la determinazione della somma dovuta ovvero l’adempimento degli obblighi inseguiti” ai sensi dell’art. 34 c.p.a. - 5. La natura del commissario ad acta: gli orientamenti tradizionali - 6. La natura del commissario ad acta alla luce dell’art. 21 c.p.a. - 7. Considerazioni critiche - 8. Conclusioni.

1. Premessa

La sentenza in commento si pone quale tassello finale di una lunga vicenda giudiziaria che ha visto contrapposti un’associazione temporanea di imprese e la Regione Sicilia: ottenuta l’esclusione delle prime due classificate e l’annullamento del provvedimento di riedizione della gara, un R.T.I. è ricorso al Consiglio di Giustizia amministrativa siciliano, dapprima per il risarcimento dei relativi danni e una seconda volta per l’ottemperanza della sentenza di condanna. Quest’ultimo giudizio, principiato da un’istanza della Regione di nomina di un commissario *ad acta*, si è concluso con la sentenza in commento, occasione per riflettere, oltre che sulla figura dell’ausiliario e sulle potenzialità di questo istituto^[1], sulle domande che la parte privata e quella pubblica possono proporre nel giudizio di ottemperanza.

2. La vicenda

La controversia riguarda la procedura a evidenza pubblica per l'affidamento dei "lavori di bonifica ambientale dell'area e dei manufatti dell'esistente impianto di depurazione dell'Isola di Lampedusa" bandita dalla Regione Sicilia: le ricorrenti, società componenti un'a.t.i. giunta terza in graduatoria, si dolgono dell'ammissione alla competizione della prima e della seconda classificata, le quali non sarebbero state escluse, nonostante abbiano dichiarato di voler ricorrere all'istituto dell'avvalimento per comprovare il possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, ricorso espressamente escluso dall'inequivocabile disposto recato dall'art. 49, co. 1 *bis*, d.lgs. 163/2006.

La parte ricorrente lamenta poi l'illegittimità della decisione della stazione appaltante di annullare in autotutela l'intera gara, invece di aggiudicarla in suo favore: l'Ente regionale, infatti, accortosi dell'illegittimità della previsione contenuta nella lettera d'invito che ammetteva il ricorso all'avvalimento per iscrizione all'Albo predetto, in aperta violazione dell'art. 49 cit. (che espressamente vieta ciò che la stazione appaltante ha permesso), invece di procedere con l'esclusione delle prime due classificate e con lo scorrimento della graduatoria, ha scelto di annullare l'intera competizione e di indirne una nuova.

Le società ricorrenti hanno allora domandato la sospensione della nuova procedura, istanza che dapprima è stata negata dal T.A.R. palermitano[2], ma poi concessa in sede d'appello dal Consiglio di Giustizia siciliano[3].

Nonostante ciò, il ricorso è stato rigettato. Il Giudice di primo grado, infatti, ha ritenuto che l'annullamento in autotutela della gara non sia stato "posto in essere all'esclusivo fine di porre rimedio all'erronea formulazione" della lettera d'invito, nella parte in cui ammetteva "il ricorso all'istituto dell'avvalimento per l'iscrizione all'Albo" Nazionale Gestori Ambientali, in violazione dell'art. 49, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 163/2006[4]. Il T.A.R., pur riaffermando quanto già il C.G.A.R.S., in sede cautelare aveva esposto, ossia che, se fosse stata questa "la sola ragione dell'annullamento e dell'indizione di una nuova gara", l'amministrazione avrebbe dovuto far spiegare all'autotutela i suoi effetti all'interno della procedura, escludendo le prime due classificate e aggiudicando i lavori alla terza graduata, anziché annullare l'intera gara", individua nel decreto che ha annullato la gara un'ulteriore motivazione rispetto a quella anzidetta che fonda la scelta di indire una nuova procedura: la necessità di dover "estendere l'invito ... anche a tutte le ditte aventi sede nel territorio siciliano, in possesso del requisito di iscrizione all'Albo Nazionale del Gestori Ambientali". Donde la decisione di rigettare il ricorso e di non caducare il provvedimento di annullamento della prima gara e quello indittivo della seconda.

Di diverso avviso si è però mostrato il Consiglio di Giustizia[5], adito per la riforma dell'anzidetta sentenza, il quale non ha messo in discussione che alla base della scelta di indire una nuova competizione vi sia pure la motivazione testé esposta: contesta invece che a ciò l'amministrazione potesse provvedere attraverso il rimedio dell'autotutela, il quale ha come fine quello di "correggere l'attività amministrativa emendandola da vizi che la rendono illegittima, e ... prevenire l'insorgere di liti giudiziarie che possano vedere soccombere, con aggravio di spese, l'Amministrazione".

Siccome l'unica autotutela possibile poteva essere quella volta a neutralizzare l'avvenuta ammissione alla procedura di gara delle due imprese prive dell'iscrizione all'Albo suddetto, a

ciò la Regione avrebbe potuto (anzi dovuto) provvedere, in modo semplice e agevole, escludendo le due società erroneamente ammesse: con la conseguenza che la gara si sarebbe conclusa con l'aggiudicazione dell'appellante in quella sede.

Annulare l'intera gara si palesa quindi come un mezzo "sproporzionato" rispetto al "fine correttivo", che ha determinato il travolgimento di atti che, invece, erano meritevoli di essere conservati: il provvedimento di annullamento risulta quindi, a detta del Giudice di secondo grado, un chiaro esempio di sviamento dalla causa tipica del potere esercitato, surrettiziamente presentato come autotutela, anche se in verità volto a revocare – a seguito di una nuova valutazione di opportunità – una gara giunta alla sua fase conclusiva.

Alla riforma della sentenza e, quindi, all'annullamento del provvedimento di annullamento della gara, per il Collegio segue "l'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento di gara con la pronuncia dell'aggiudicazione in favore del soggetto che in graduatoria risulta collocato in posizione utile a conseguirla"[6].

Alla sentenza, resa pubblica il 18 aprile 2018, non è però seguito alcun comportamento di fattiva ottemperanza da parte della stazione appaltante.

Dalla sentenza n. 79/2021, pronunciata dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede di ottemperanza e resa pubblica il 2 febbraio 2021, si apprende infatti che la Regione Sicilia non si è curata delle ordinanze sospensive via via emanate dagli organi giurisdizionali, le quali avrebbero dovuto arrestare la nuova gara bandita[7].

Più precisamente, nel mese e mezzo di tempo che è intercorso tra l'ordinanza cautelare del T.A.R. siciliano che ha rigettato l'inibitoria della ricorrente[8] e l'ordinanza sull'appello cautelare che l'ha riformata[9], l'Assessorato regionale ha concluso la seconda gara, bandita dopo l'annullamento della prima, aggiudicando all'operatore economico risultato primo in graduatoria l'esecuzione dei lavori. Di poi, nonostante la sospensione ordinata dal Consiglio di giustizia siciliano, la Regione ha proseguito i rapporti con l'aggiudicatario, il quale nel corso del successivo anno ha portato a termine i lavori (ultimati il 30 novembre 2016), successivamente collaudati l'11 dicembre 2017. Insomma, già nel momento in cui il T.A.R. palermitano pronunciava la sentenza di primo grado, nessuna tutela in forma specifica risultava più possibile per l'originaria ricorrente.

Apparentemente ignara di questi fatti, quest'ultima, adendo il C.G.A.R.S. per l'ottemperanza della sentenza n. 228/2018, che le attribuiva l'aggiudicazione della gara annullata, domandava il conseguimento dell'appalto o il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Essendo possibile solo questa seconda via, e risultando oggettiva la responsabilità dell'amministrazione[10], il Collegio ha pronunciato una condanna generica al risarcimento dei danni per la mancata aggiudicazione, utilizzando, per la concreta liquidazione, lo strumento previsto dall'art. 34 c.p.a., il cui comma 4 prevede che, "in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti".

Alla pubblicazione della sentenza sono seguiti dei tentativi tra le parti per trovare l'accordo sulla quantificazione della somma di denaro^[11], ma, stante la distanza siderale tra le avverse posizioni, l'amministrazione ha deciso di adire nuovamente il C.G.A.R.S., cui ha domandato di nominare un commissario *ad acta*; nell'ambito di questo quarto procedimento, l'operatore economico danneggiato ha invece chiesto la condanna della Regione al pagamento di una somma poco superiore a duecentomila euro^[12].

La sentenza, resa pubblica lo scorso 14 luglio 2021 e che ci si propone di annotare in questa sede, si sostanzia in un rigetto delle domande formulate da entrambe le parti.

Quanto alla richiesta della società danneggiata, riportata in nota per completezza nei termini in cui è stata sintetizzata in sentenza^[13], il Collegio ritiene che con essa non siano stati domandati, così come invece prevede l'art. 34, co. 4, c.p.a., "la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti".

A giudizio del C.G.A.R.S., è vero che "con il ricorso introduttivo del presente giudizio di ottemperanza" (*recte*, con il ricorso definito dalla sentenza n. 79/2021, che ha pronunciato la condanna generica contro la Regione) parte ricorrente aveva "chiesto la condanna degli Enti resistenti al pagamento in favore della complessiva somma di € 318.341,10, ovvero nella maggiore somma da accertarsi in corso di giudizio, e la nomina di un commissario *ad acta*". Tuttavia, continua il Giudice, quel "giudizio è stato definito con la sentenza n. 79/2021 che è una decisione ai sensi dell'art. 34 comma 4 c.p.a., con la quale, invece di individuarsi direttamente l'ammontare della somma dovuta, sono stati dettati i criteri di quantificazione".

E, siccome nel presente giudizio il Collegio ritiene che non sia stata avanzata in modo rituale alcuna richiesta di "determinazione della somma dovuta", domanda probabilmente avanzata nel corso della trattazione della causa, ma non veicolata "nelle forme rituali del ricorso per ottemperanza, ossia mediante atto notificato", ha ritenuto che non vi fosse alcuna richiesta su cui dover provvedere.

Quanto poi alla richiesta dell'amministrazione di nomina di un commissario *ad acta*, la stessa è stata rigettata. Il Collegio siciliano ha affermato infatti che tale domanda può provenire unicamente "da parte del soggetto interessato all'esecuzione della decisione", dovendosi ritenere "priva di causa" un'istanza di tal genere formulata da quell'amministrazione "che decida di non svolgere i propri compiti, in spregio ai principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa": la nomina – continua il C.G.A.R.S. – è infatti "funzionale a rimediare all'inadempienza dell'amministrazione, che non può scientemente sottrarsi ai propri obblighi, decidendo di non adempiere ed accollando tale compito ad un soggetto che rappresenta la *longa manus* del giudice, organo del giudizio di ottemperanza".

Per comprendere meglio tale decisione, vale la pena prendere le mosse dalla sentenza di cui da ultimo è stata chiesta l'ottemperanza (ossia la n. 79/2021), pronunciata ai sensi dell'art. 34, co. 4, c.p.a.

3. Il rito per la liquidazione dei danni di cui all'art. 34, co. 4, c.p.a.: la sentenza di determinazione dei criteri per il risarcimento del danno

La disposizione testé citata si rifà al procedimento delineato dall'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, vigente fino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, a mente del quale "il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto" (così il comma 1); in questi casi – prosegue il comma secondo – "il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, con il ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, numero 4), del testo unico approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta".

Il meccanismo di cui al quarto comma dell'art. 34 ricalca questo schema, estendendolo a tutte le condanne pecuniarie (e non limitandolo a quelle pronunciate nell'ambito della giurisdizione esclusiva^[14]), ma aggiungendo che esso è utilizzabile solo in mancanza di opposizione delle parti.

La speciale pronuncia delineata dall'art. 34 mira a far fronte alla necessità per il Giudice che intenda comminare una condanna di disporre complessi accertamenti di fatto e tecnici, indispensabili per la liquidazione del danno unicamente mediante una c.t.u., la quale si rende quindi superflua laddove il Collegio, in ordine al *quantum* risarcitorio, indichi i criteri cui attenersi, senza procedere anche alla concreta quantificazione.

Il meccanismo è presto spiegato: il giudice amministrativo, una volta deciso sull'*an*, ossia sulla spettanza del risarcimento, fissa i criteri di liquidazione del danno cui l'amministrazione deve attenersi nel formulare una proposta al soggetto leso. Tale opzione è ovviamente facoltativa per il Giudice, il quale potrebbe, in alternativa, condannare la parte resistente al pagamento di una certa somma^[15].

Come detto sopra, lo scopo della previsione è quello di evitare l'espletamento di una c.t.u., "venendo rimessa la quantificazione del danno al corretto e leale comportamento delle parti nonché ai principi di buona amministrazione, efficacia ed efficienza"^[16]. Il giudice fissa quindi un congruo termine entro cui l'amministrazione deve formulare la sua proposta.

La possibilità per il Giudice di pronunciare una sentenza di tal genere è subordinata al fatto che le parti non si siano opposte. La giurisprudenza ritiene che non serva un accordo espresso, né sarebbe necessario che il Collegio solleciti l'espressione di una manifestazione di volontà, ben sapendo i soggetti in causa che, a fronte della proposizione di una domanda di condanna, esiste la possibilità che l'organo giurisdizionale scelga tale opzione^[17].

Per dottrina e giurisprudenza, l'accordo a valle della decisione si forma secondo l'ordinaria disciplina civilistica, quando alla proposta dell'amministrazione segue l'accettazione del privato^[18]: se l'intesa è raggiunta, l'accordo non preclude l'impugnazione della sentenza di condanna che si è pronunciata sull'*an* della pretesa, ma impedisce di adire il Giudice per conseguire somme maggiori rispetto a quelle liquidate con l'accordo sottoscritto tra le parti.

Se queste non riescono a raggiungere un'intesa, perché l'amministrazione resta inerte o perché il privato rifiuta la proposta, il Giudice può essere nuovamente adito con il ricorso di cui al Titolo I del Libro IV del c.p.a., ossia quello proposto in sede di ottemperanza^[19]. A onor del vero, ci si trova davanti a una forma di ottemperanza anomala, finalizzata a

“riempire” la condanna pronunciata dal Giudice, che si era limitato a individuare i soli criteri per la liquidazione del danno. Tale rito è stato scelto perché si tratta di uno strumento processuale agile e rapido, diretto a integrare il precetto contenuto nella prima decisione.

Tornando alla sentenza di cui si chiede l’ottemperanza nella pronuncia qui in commento, il C.G.A.R.S., per la determinazione del lucro cessante, ha richiamato un proprio precedente^[20], nel quale si è affermato che la stazione appaltante deve basare la sua proposta, in casi come questi in cui la tutela in forma specifica mediante aggiudicazione dei lavori è impossibile, sugli elementi emergenti dall’offerta, “posto che nella stessa sono esposti i costi dai quali sono desumibili, seppur approssimativamente, i ricavi netti – e dunque l’utile (*rectius*: il profitto) – che la società prevedeva di trarre dall’aggiudicazione e dalla conseguente esecuzione dell’appalto”^[21].

Il Consiglio ha avuto cura di precisare che, qualora la legge di gara non consenta di accertare quale sarebbe stato l’utile effettivo, allora l’amministrazione può ricorrere al criterio presuntivo, costituito dalla percentuale di utile indicata nel prezzario regionale all’epoca vigente, al netto del ribasso offerto dall’impresa in sede di offerta^[22].

Nulla, invece, è stato riconosciuto a titolo di danno curricolare, non essendo stata offerta da parte delle ricorrenti la prova di non aver utilizzato (o potuto altrimenti utilizzare) maestranze e mezzi poiché tenuti a disposizione in vista della commessa, dovendosi quindi presumere, secondo il meccanismo dell’*aliunde perceptum vel percipiendum*, che l’impresa abbia riutilizzato (o potuto riutilizzare, usando l’ordinaria diligenza) mezzi e manodopera per altri lavori, con conseguente decurtazione, in via equitativa, di una percentuale del 25% della somma riconosciuta a titolo di lucro cessante^[23].

Come anticipato, però, nonostante la perspicuità e l’alto livello di dettaglio dei criteri indicati dal Giudice, la parte ricorrente e quella resistente sono giunte a due quantificazioni molto diverse in ordine al danno risarcibile, che ha indotto la seconda ad adire per la quarta volta il Giudice amministrativo: giudizio conclusosi con la sentenza qui in commento, verso cui ora convergerà la nostra attenzione.

4. Il giudizio di ottemperanza per “la determinazione della somma dovuta ovvero l’adempimento degli obblighi inseguiti” ai sensi dell’art. 34 c.p.a.

Vale la pena di concentrarci sulla sentenza n. 707/2021, con la quale il Collegio ha rigettato le richieste formulate da entrambe le parti.

L’a.t.i. ha domandato – come viene riportato in sentenza – “che venga dichiarato l’obbligo degli Enti resistenti al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni complessivamente patiti a causa dei provvedimenti impugnati, da quantificarsi nella complessiva somma di € 216.428,13, oltre accessori, e, in via istruttoria, che venga disposta consulenza tecnica d’ufficio ai fini della quantificazione del risarcimento del danno”. Aggiunge il Collegio che “la parte ricorrente non ha chiesto la nomina di un Commissario ad acta”.

La richiesta non ha però trovato accoglimento. La decisione si spiega solo leggendo il prosieguo della motivazione, nella parte in cui il Giudice, ricostruendo i fatti, scrive che “dalla documentazione prodotta in giudizio dall’amministrazione si evince che quest’ultima ha inviato all’impresa una proposta risarcitoria dell’importo di euro € 25.084,57; che le imprese interessate hanno risposto inoltrando un atto di diffida con il quale rilevano come la proposta non sia «susceptibile di accoglimento e deve necessariamente disattendersi in quanto fondamentalmente errata, incongrua ed inesatta ed in quanto tale elusiva del giudicato reso dal C.G.A.», diffidando al pagamento dell’importo di € 216.428,13; che l’amministrazione ha rinnovato «la proposta risarcitoria avanzata con prot. n° 8319 del 25/02/2021, redatta in conformità alle indicazioni contenute nella sentenza del C.G.A. n° 79/2021 pubblicata in data 02/02/2021», specificando i criteri seguiti per la quantificazione ivi esposta”.

Si legge poi che “le ricorrenti non risultano aver dato riscontro a tale nota” e che “successivamente alla presentazione da parte dell’amministrazione dell’istanza di nomina del commissario ad acta hanno presentato una memoria formulando le richieste sopra indicate”. Sembra che l’associazione di imprese cui il Collegio si riferisce parlando di “parte ricorrente” sia invero stata intimata nel presente giudizio, nonostante in epigrafe venga riportato l’opposto^[24], e che il procedimento sia stato incardinato dall’amministrazione con la presentazione dell’istanza di nomina di un commissario *ad acta*.

La domanda dell’aggiudicataria pretermessa pare quindi essere stata veicolata attraverso un atto meramente depositato, invece che notificato a controparte^[25]: le richieste ivi contenute non possono quindi essere oggetto di scrutinio da parte del Giudice^[26].

Di maggior interesse è la richiesta dell’amministrazione, la quale, come si è detto, non ha trovato accoglimento per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché, a detta del Consiglio siciliano, essa non sarebbe proponibile dalla P.A., che, formulando una domanda di tal fatta, dimostrerebbe di volersi scientemente sottrarre “ai propri obblighi, decidendo di non adempiere”, “accollando tale compito a un soggetto che rappresenta la *longa manus* del giudice”.

A detta del Collegio, infatti, il potere sostitutivo implicherebbe “la surroga *ex lege* dell’amministrazione inadempiente ad opera del commissario *ad acta*”, il quale è “organo straordinario della stessa amministrazione”.

In secondo luogo, sarebbe “priva di causa” la nomina di un commissario in assenza di una richiesta di tal tenore “da parte del soggetto interessato all’esecuzione della decisione”, bensì su istanza “dell’amministrazione che decida di non svolgere i propri compiti, in spregio ai principi di economicità e buon andamento dell’azione amministrativa”.

Così sunteggiata la scarna motivazione di rigetto, si pongono all’attenzione dell’interprete almeno due temi meritevoli di approfondimento: quale sia la natura del commissario *ad acta* e se nel caso di specie si possa effettivamente affermare che manchi la richiesta di nomina dell’ausiliario da parte di un soggetto interessato.

5. La natura del commissario ad acta – gli orientamenti tradizionali

La figura del commissario *ad acta* vede le sue origini nel silenzio del legislatore, all'inizio degli anni Sessanta, in alcune sentenze che riconoscevano il potere del giudice di ordinare all'amministrazione la nomina di un commissario, che si sostituisse alla stessa onde far fronte al suo inadempimento, ponendo in essere gli atti e le attività necessari all'esecuzione del giudicato[27].

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, almeno tre erano le impostazioni elaborate per ricostruire la figura in parola.

La prima, prevalente in dottrina e giurisprudenza, tendeva a identificare il commissario *ad acta* in un organo del giudice dell'ottemperanza. Si deve tale ricostruzione a un'importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – 14 luglio 1978, n. 23 –, la quale, escludendo che tale soggetto possa rappresentare un organo, sia pure straordinario, dell'amministrazione, ha affermato che esso debba essere considerato quale organo del giudice, sia che esso venga scelto direttamente da quest'ultimo, sia che la scelta passi attraverso l'interposizione di un organo amministrativo incaricato dal giudice di procedere alla nomina[28].

Tale posizione si fonda invero anche su una coeva pronuncia della Corte costituzionale (sentenza 12 maggio 1977 n. 75), nella quale si è affermato che “il giudice amministrativo, sia che sostituisca la propria decisione all'omesso provvedimento della pubblica amministrazione, che vi era tenuta in forza del giudicato formatosi nei suoi confronti, come più spesso suole accadere quando si tratti di atto vincolato; sia che ingiunga alla amministrazione medesima di provvedere essa stessa, entro un termine all'uopo prefissato e con le modalità specificate in sentenza; sia infine che disponga la nomina di un commissario per l'ipotesi che il termine abbia a decorrere infruttuosamente, esplica sempre attività di carattere giurisdizionale («decide pronunciando anche in merito», come si esprime l'art. 27, comma primo, del citato testo unico del 1924, riferendosi testualmente al Consiglio di Stato «in sede giurisdizionale»). Né fa differenza, sotto questo aspetto . . . che la nomina del commissario sia operata dal giudice amministrativo direttamente, ovvero attraverso l'interposizione di un organo amministrativo. . . , poiché in tal caso a quest'ultimo viene semplicemente demandata la scelta della persona, e non già conferito il potere di agire in via sostitutiva per mezzo di un «suo» commissario, come si verifica invece quando sia l'organo di controllo, di propria iniziativa, ad inviare un commissario *ad acta* presso amministrazioni sottoposte alla sua vigilanza. Procedendo, pertanto, direttamente o indirettamente, alla nomina di un commissario, il giudice amministrativo non si surroga all'organo di controllo, ma pone in essere un'attività qualitativamente diversa da quella che quest'ultimo avrebbe istituzionalmente il potere-dovere di esplicare nell'ipotesi di omissione da parte degli enti locali di atti obbligatori per legge, tra i quali rientrano bensì, ma senza esaurirne la specie, quelli da adottare per conformarsi ad un giudicato: potere-dovere che, comunque, preesiste alla pronuncia emessa nel giudizio di ottemperanza ed è da questa indipendente. Ed a sua volta, l'attività del commissario, pur essendo, praticamente, la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall'amministrazione, o in ipotesi da un commissario *ad acta* inviato dall'organo di controllo, ne differisce tuttavia giuridicamente, perché si fonda sull'ordine contenuto nella decisione del giudice amministrativo, alla quale è legata da uno stretto nesso di strumentalità”[29].

In base a questa teoria, il commissario *ad acta* sarebbe quindi da considerarsi ausiliario del giudice: in verità, però, tale impostazione non ha avuto molto successo, mancando una

disposizione di legge che attribuisse al giudice il potere di istituire organi amministrativi e preporvi funzionari di sua scelta^[30].

Alla ricostruzione di cui si è appena detto, se ne contrapponeva un'altra, che qualificava il commissario *ad acta* come organo straordinario dell'amministrazione: tale teoria si fondava sulla considerazione per cui "deve escludersi che un'attività caratterizzata da valutazioni amministrative di tipo discrezionale possa essere riferita alla giurisdizione e quindi compiuta senza assunzione di responsabilità politiche, civili ed amministrative ed eventualmente in difformità dagli indirizzi politici dell'autorità tributaria del potere in via ordinaria"^[31].

In assenza di una chiara disciplina di legge, vi era chi sosteneva – tra gli aderenti a questa seconda teoria – che gli atti del commissario, che agisce non come *longa manus* del giudice bensì come supplente dell'amministrazione inerte, in nulla differissero da un "ordinario" atto amministrativo, impugnabile attraverso un ricorso in sede di legittimità nei termini generali di decadenza, giammai, però, dall'amministrazione, alla quale al più residuava la facoltà di annullamento in sede di autotutela^[32].

Ai due orientamenti predetti se ne aggiungeva un terzo, elaborato dal Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, poi condiviso anche da altri organi giurisdizionali^[33] e da una parte della dottrina^[34]. In base a tale ulteriore impostazione, il commissario *ad acta* era da definirsi come soggetto misto, di natura ambivalente, avendo da un lato ricevuto un'investitura formale dal giudice finalizzata a portare ad esecuzione le prescrizioni contenute nella sentenza ottemperanda, ed essendo dall'altro lato organo straordinario della P.A., inserito forzatamente nella struttura amministrativa di quest'ultima.

A sopire, benché non del tutto, questo dibattito è stata l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

6. La natura del commissario *ad acta* alla luce dell'art. 21 c.p.a.

L'art. 21 c.p.a. prevede che il giudice possa sostituirsi alla pubblica amministrazione, quando necessario, nominando un commissario *ad acta*^[35]; l'incarico di questi ha carattere fiduciario, con ampio margine di scelta per il giudice: la disposizione non fissa infatti vincoli analoghi a quelli previsti dall'art. 19 c.p.a. per la nomina dei consulenti tecnici, che debbono essere scelti tra gli iscritti in specifici albi o dotati di particolare competenza tecnica^[36].

L'art. 21, anche in forza della sua collocazione all'interno del Capo VI del Libro I, dedicato agli "ausiliari del giudice", è chiaro nel qualificare il commissario *ad acta* come tale, e non come organo della pubblica amministrazione.

Quanto alla relazione che si instaura tra la pubblica amministrazione e il commissario si sono nel tempo affermate due ricostruzioni opposte. In base a una tesi più risalente, tale rapporto avrebbe natura interorganica^[37], mentre secondo un'impostazione più recente la relazione deve qualificarsi come intersoggettiva^[38], per cui al commissario *ad acta* non spetterebbe una competenza di ordine generale sostitutiva delle prerogative in capo alla amministrazione pubblica sostituita^[39]. Al contempo, comunque, non si può nemmeno affermare che il suo ruolo si riduca all'emanazione di un singolo atto, potendo invece accadere che egli debba

compiere attività più complesse, affinché la sua azione sia effettiva nel consentire al privato di conseguire il bene della vita di cui è stato riconosciuto titolare^[40].

La tesi della relazione di natura intersoggettiva troverebbe conferma anche nella circostanza che i poteri riconosciuti al commissario *ad acta* nominato nel giudizio di ottemperanza sono attribuiti e delimitati dalla stessa pronuncia giurisdizionale. Infatti, ai sensi del combinato disposto dell'art. 21 e dell'art. 114, co. 4, lett. d) c.p.a., il potere riconosciuto in capo al commissario trova fondamento diretto nella pronuncia giurisdizionale da eseguire.

Non è mancato, tuttavia, chi abbia tentato una rivisitazione delle più risalenti impostazioni: ci si riferisce qui all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che nella sentenza n. 7/2019, ha *en passant* scritto che il commissario *ad acta* avrebbe una “duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione”. Affermazione che di recente il medesimo consesso ha ritenuto opportuno precisare (*rectius*, correggere). Risale allo scorso 25 maggio 2021 la già citata sentenza n. 8/2021, in cui l'Adunanza Plenaria ha affermato che “non può essere riconosciuta al commissario *ad acta*, nemmeno in via «aggiuntiva», la natura di organo straordinario dell'amministrazione (dovendosi, in tal senso, precisare quanto – peraltro incidentalmente – affermato da Cons. Stato, Ad. Plen. 9 maggio 2019 n. 7, che riconosce invece al commissario una «duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione»)»^[41].

Tale conclusione si fonda innanzitutto sul fatto che “la natura di ausiliario del giudice del commissario *ad acta* è l'unica normativamente riconosciuta e definita”, nonché sulla considerazione per cui, siccome “gli organi amministrativi, quanto alla loro esistenza, natura e competenza (poteri) sono istituiti dalla legge”, tale non può essere il commissario, a meno di non ritenerlo “un organo amministrativo di fonte giurisdizionale”.

Insomma, la qualifica di ausiliario del giudice appare la più adatta, anche considerando che tale soggetto non deve “esercitare poteri amministrativi funzionalizzati alla cura dell'interesse pubblico”, ma “dare attuazione alla pronuncia del giudice”; peraltro, aggiunge la Plenaria, “non è necessario ipotizzare la natura di organo straordinario dell'amministrazione per giustificare l'imputazione alla sua sfera giuridica degli effetti dell'agire del commissario, trovando questi fonte e giustificazione direttamente nel provvedimento giurisdizionale”.

In modo alquanto lapidario, e con intento evidentemente correttivo del precedente di due anni prima, il Consiglio di Stato conclude sancendo che “attualmente, ed in modo inequivocabile, la conquistata definizione normativa dell'istituto ne definisce espressamente la natura soggettiva, che è quella (esclusivamente) di ausiliario del giudice”.

Peraltro, la dottrina più recente non sembra più nutrire dubbi su tale qualificazione, forse anche per il fatto che l'importanza di tale dibattito si fondava sull'incertezza del regime di impugnazione degli atti commissariali, questione oggi risolta dall'art. 114 c.p.a., che attrae tale cognizione al giudice dell'ottemperanza^[42].

7. Considerazioni critiche

Analizzati gli istituti coinvolti nella sentenza in commento, deve ora spendersi qualche parola sulla scelta del C.G.A.R.S. di riferirsi al commissario *ad acta* quale organo straordinario dell'amministrazione.

L'affermazione è rimasta priva di una qualche motivazione a corredo, tale da rendere intellegibile la scelta del Collegio. Dal complessivo tenore della pronuncia, tuttavia, pare potersi affermare che l'uso di tale espressione non costituisca un tentativo di riportare in auge una tesi da tempo abbandonata^[43], né sia la manifestazione di una volontà "controcorrente", in aperto contrasto con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria poco tempo prima. L'opzione perseguita dal Consiglio siciliano sembra più che altro volta a contrastare con maggior vigore la decisione di rigettare l'istanza di nomina di un commissario formulata dall'Amministrazione.

Il Giudice, infatti, appare più che altro interessato a sottolineare l'eccentricità dell'istanza, la proposizione della quale costituirebbe evidenza dello stato in cui versa l'amministrazione, che sostanzialmente domanderebbe di essere commissariata. Ciò che poi il Collegio sembra voler evidenziare è che tale condotta sia frutto di una chiara volontà della P.A. di "sottrarsi ai propri obblighi" e di voler rimettere l'onere di liquidare i danni a un terzo.

Ciò detto, vale la pena di capire se effettivamente un'istanza di tale tenore non fosse proponibile dall'amministrazione.

I pochi elementi in punto di fatto che la sentenza riassume, nonché le erronee indicazioni presenti in epigrafe (dove il ricorrente sembra il privato, quando, già si è detto, pare che sia stato l'Ente regionale ad aver per primo adito il Giudice), impediscono di qualificare in modo preciso la domanda formulata dall'Ente.

È noto che le ipotesi nelle quali il codice del processo amministrativo prevede la nomina del commissario *ad acta* sono:

- l'art. 34, co. 1, lett. e), secondo il quale il giudice "dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza";

- l'art. 114, co. 4, lett. d), in base al quale il giudice dell'ottemperanza "nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*";

- l'art. 117, co. 3, secondo il quale, nell'ambito del giudizio sul silenzio dell'amministrazione, "il giudice nomina, ove occorra, un commissario *ad acta* con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente, su istanza della parte interessata";

- l'art. 59, relativo alla "esecuzione delle misure cautelari", che consente, laddove i provvedimenti cautelari non siano in tutto o in parte eseguiti, che il giudice, su istanza motivata dell'interessato, eserciti "i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza", e dunque possa disporre anche la nomina di un commissario *ad acta*.

È altresì noto che, ai sensi del secondo periodo dell'art. 34, co. 4, "se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il

ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti".

Le disposizioni che rilevano per risolvere la questione sono quindi gli artt. 112-114 c.p.a. relativi al giudizio di ottemperanza e l'art. 34 c.p.a.

Partendo dalla lettura di quest'ultimo nella parte testé citata, si può affermare che la norma tace sulla legittimazione attiva e, in ogni caso, non stabilisce che sia unicamente il privato creditore della somma di cui alla condanna pecuniaria ad essere titolato ad adire il Giudice con l'azione di ottemperanza.

Dall'altro lato vi sono gli artt. 112-114 c.p.a., cui rimanda l'art. 34 per la disciplina del ricorso ivi previsto. Da queste disposizioni si ricava che, mentre non v'è dubbio che la legittimazione passiva spetti alla pubblica amministrazione e ai controinteressati (ossia le parti del giudizio in cui è stata emessa la pronuncia di cui si chiede l'esecuzione), come annotato da autorevole dottrina "il c.p.a. tace sulla legittimazione attiva in relazione al ricorso per ottemperanza"^[44]: non vi è quindi un dato legislativo inequivoco da cui possa desumersi che il ricorso per l'ottemperanza sia proponibile unicamente dal privato o, comunque, che l'unico ricorso per ottemperanza proponibile dal soggetto pubblico sia quello volto a ottenere chiarimenti (di cui all'art. 112, co. 5, c.p.a.).

Dall'esame delle disposizioni rilevanti non pare, quindi, che si possa affermare che la "parte interessata" alla nomina di un commissario *ad acta* non possa essere l'amministrazione.

Nel caso di specie, poi, vi è un altro elemento da tenere in considerazione: l'art. 34 non fissa alcuna limitazione relativa alla legittimazione attiva, anzi. Esso prevede che la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti "possono essere chiesti" con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, senza stabilire il soggetto da cui tale domanda debba provenire.

Ci si potrebbe domandare se, nel provvedere a una richiesta formulata ai sensi dell'art. 34 (di quantificazione del credito o di condanna all'adempimento), il Giudice possa avvalersi di un commissario: la risposta non può che essere positiva, atteso che tale facoltà viene riconosciuta dall'art. 114, co. 4, lett. d) (applicabile alla speciale azione di cui all'art. 34 in forza del rinvio al rito predetto), per cui il Collegio può provvedere alla "nomina, ove occorra, [di] un commissario *ad acta*".

Peraltro, come si evince dal tenore della norma, anche in assenza di un'esplicita istanza il Giudice dell'ottemperanza può nominare tale proprio ausiliario.

Sembra allora che, in virtù di quanto detto, il C.G.A.R.S. sicuramente potesse, o probabilmente dovesse, nominare un commissario *ad acta*.

Infatti, in assenza di un divieto esplicito e, anzi, in forza di una disposizione che prevede la facoltà anche per l'amministrazione di attivare il meccanismo previsto dal secondo periodo del quarto comma dell'art. 34, il Giudice avrebbe dovuto provvedere sull'istanza presentata dalla Regione. Oltre al fatto che tale potere di nomina spetta in via generalizzata al Giudice dell'ottemperanza e, nel caso di specie, stante l'acclarata inerzia dell'amministrazione, le circostanze suggerivano l'opportunità di tale provvedimento.

8. Conclusioni

L'esecuzione del giudicato, lungi dall'essere una sorta di "appendice" alla fase di cognizione, "ne costituisce un passaggio essenziale, in quanto in esso si manifesta in concreto l'effettività della tutela giurisdizionale, ... il momento in cui il comando espresso nella pronuncia del giudice deve trovare attuazione nella realtà materiale"[45].

La delicatezza di tale passaggio, dall'"essere" al "dover essere", spiega l'attenzione che la dottrina e la giurisprudenza hanno dedicato al giudizio di ottemperanza e al giudicato[46], efficacemente definito come "l'anello di congiunzione tra la sentenza e l'ottemperanza/esecuzione ... il punto di arrivo dell'esercizio della funzione giurisdizionale che deve creare certezza su un rapporto controverso tra le parti"[47].

Nel processo amministrativo, è noto, l'esecuzione del giudicato è caratterizzata da una serie di peculiarità che la distinguono nettamente da quella civilistica[48]: il nostro ordinamento, che deterrebbe il primato, tra quelli europei, della "riluttanza" delle amministrazioni pubbliche a dare piena e corretta esecuzione alle decisioni sfavorevoli dei giudici[49], conosce infatti un sistema tra i più avanzati, che fornisce al giudice dell'esecuzione una serie di penetranti strumenti coercitivi e di intervento nei confronti della p.a., in grado di assicurare una tutela piena ed effettiva al ricorrente vittorioso[50].

Ragionando unicamente alla luce del principio di effettività, nel caso di specie il Giudice avrebbe potuto valutare percorsi interpretativi delle disposizioni in argomento che, in base a quanto si è detto sopra, consentono all'Amministrazione di presentare l'istanza di nomina di un commissario, oppure avrebbe potuto provvedere d'ufficio a tale nomina, avendo constatato che la Regione si trovava in una situazione di *impasse*.

Il C.G.A.R.S. è invece giunto alla soluzione opposta tracciando i limiti delle domande proponibili nel giudizio di ottemperanza, ritenendo, in particolare, che la parte pubblica non possa domandare la nomina del commissario *ad acta* [51].

La sentenza merita di essere inoltre segnalata come esempio di una crescente tendenza del Giudice ad auspicare che le parti trovino un accordo al di fuori del giudizio[52]. Ci si domanda allora se non sia opportuno cominciare a immaginare una estensione della casistica in cui consentire al Giudice, su istanza non solo del privato ma anche dell'amministrazione pubblica, di nominare un proprio ausiliario, che, nella veste di commissario, sia d'aiuto nel risolvere questioni che più facilmente possono trovare soluzione da un confronto collaborativo, piuttosto che in sede contenziosa. Non è questa la sede per approfondire il tema, ma la prassi insegna che, ad esempio, la fase esecutiva dei contratti d'appalto e dei *project financing* sia caratterizzata da un alto livello di litigiosità, il più delle volte causata dalla difficoltà per le parti di gestire un rapporto contrattuale che dura a lungo nel tempo e che involge questioni altamente tecniche, di difficile soluzione anche per il giudice amministrativo: non sarebbe improvido, allora, che, prima che la lite venga definita da una sentenza, venga nominato dall'autorità giudiziaria un soggetto cui affidare il compito di tentare di risolvere la controversia insorta[53].

[1] La dottrina sul commissario *ad acta* e sul giudizio di ottemperanza è molto vasta; senza pretesa di esaustività, si segnalano Andreis, *L'attività successiva alla sentenza di annullamento tra acquiescenza e principio di assorbimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1198 ss.; Benvenuti, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969; Cacciavillani, *Il Giudicato*, in Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 613 ss.; Id., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; Caianiello, *Esecuzione delle sentenze nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. dir., Agg. III*, Milano, 1999, 603 ss.; Calabrò, *Giudicato (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003; Caputi Jambrenghi, *Commissario ad acta*, in *Enc. dir., Agg. VI*, 2002; D'Alessandri, *Il giudizio di ottemperanza*, Roma, 2015; Francario, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 277 ss.; Id., *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025 ss.; Tarullo, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Torino, 2017; Travi, *L'esecuzione della sentenza*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, 4647 ss.

[2] Nella sentenza del T.A.R. Sicilia, Palermo, 9 novembre 2016, n. 2551, che ha definito il primo grado della controversia, si legge che la Sezione avrebbe accolto la domanda cautelare con ordinanza n. 482/2016, poi riformata dal giudice d'appello, con ordinanza n. 358/2016: in verità, però, il Collegio di primo grado aveva rigettato l'istanza inibitoria, decisione poi riformata in appello dalla pronuncia succitata.

[3] L'ordinanza n. 358 del 27 maggio 2016 del C.G.A.R.S. contiene in estrema sintesi, sebbene all'esito di una valutazione che si è concentrata più sul *periculum in mora* che sul *fumus boni iuris*, la decisione che poi verrà assunta dal Giudice d'appello. Rileva infatti il C.G.A.R.S. che, "nell'evidenza dell'errore pacificamente commesso dalla stazione appaltante, nell'ammettere i concorrenti Aemme s.r.l. e Pinto Vraca s.r.l. in violazione dell'art. 49, co. 1 *bis*, d.lgs. 163/2006, alla procedura negoziata avviata il 7.12.2015", "l'autotutela dell'amministrazione avrebbe dovuto logicamente manifestarsi all'interno della procedura già avviata, escludendo tali imprese e aggiudicando i lavori alla terza in graduatoria, anziché annullare l'intera procedura": scelta, peraltro, che contraddice – evidenzia il Collegio di seconde cure – "le stesse finalità di urgenza indicate nella motivazione dell'atto del 24.2.2016, legate al regolare svolgimento dell'attività turistica sull'isola". Per quel che concerne strettamente il *periculum*, il C.G.A.R.S. ha ritenuto prevalente l'interesse della ricorrente all'aggiudicazione della prima procedura – della quale era automaticamente aggiudicataria, considerando che la stessa stazione appaltante aveva riconosciuto l'illegittimità della previsione di gara che aveva consentito l'ammissione delle prime due classificate –, "dal cui irragionevole annullamento è destinata a risentire un pregiudizio grave ed irreparabile, non adeguatamente bilanciabile dalla mera *chance* di aggiudicazione derivante dalla partecipazione alla seconda procedura".

[4] La disposizione non lascia spazio a dubbi interpretativi: "il comma 1 non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152"; laddove il comma 1 consente al "concorrente [di] soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

[5] Il C.G.A.R.S., peraltro, nelle more della trattazione del merito della causa, ha accolto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata, giusta ordinanza del 14 aprile 2017, n. 291. Il Collegio ha reputato che, ad un primo sommario esame, "il requisito per cui è causa non sia «prestabile» (né, dunque, correlativamente acquisibile mediante «avvalimento») e che l'annullamento d'ufficio dell'intera procedura, inizialmente indetta, non appare, in ogni caso, giustificato": donde la decisione di sospendere "tanto i provvedimenti impugnati che la sentenza di primo grado (che li ha reputati legittimi)", dato che gli stessi "cagionano all'appellante un pregiudizio immediato, grave ed irreparabile".

[6] Così la sentenza del C.G.A.R.S., Sez. giur., 18 aprile 2018, n. 228.

[7] Il riferimento qui è all'ordinanza del C.G.A.R.S. n. 358/2016, del 27 maggio 2016, la quale riformava l'ord. n. 482/2016, datata 8 aprile 2016, del T.A.R. Sicilia, disponendo quindi la sospensione del provvedimento che ha annullato la prima gara e della lettera di invito alla seconda procedura; nonché all'ord. n. 291/2017 del 14 aprile 2017, con cui il Giudice d'appello sospendeva l'esecutività della sentenza di primo grado.

[8] T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, ord. 8 aprile 2016, n. 482.

[9] C.G.A.R.S., Sez. giur., ord. 27 maggio 2016, n. 358.

[10] Non ci si dilunga sulla questione, non oggetto di indagine di questo contributo: si rinvia alla copiosissima giurisprudenza per la quale la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata – secondo le previsioni contenute nella normativa eurolunitaria in materia – a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (da ultimo si veda *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912).

[11] La Regione aveva proposto una somma pari a un decimo di quella quantificata dal ricorrente, ossia circa 25 mila euro.

[12] Precisamente, nella sentenza si legge quanto segue: “le ricorrenti chiedono che venga dichiarato l’obbligo degli Enti resistenti al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni complessivamente patiti a causa dei provvedimenti impugnati, da quantificarsi nella complessiva somma di € 216.428,13, oltre accessori, e, in via istruttoria, che venga disposta consulenza tecnica d’ufficio ai fini della quantificazione del risarcimento del danno”.

[13] Si veda la nota che precede.

[14] Sebbene il tenore dell’art. 35, commi 1 e 2, d.lgs. n. 80/1998 non lasciasse spazi a dubbi interpretativi (il comma 2 si apre riferendosi ai casi di cui al comma 1, ove si discorre unicamente di “controversie devolute alla ... giurisdizione esclusiva” del g.a.), l’interpretazione pretoria antecedente al c.p.a. aveva affermato che l’art. 35 dovesse trovare applicazione anche se la controversia non riguardava una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: si veda Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, ove si è affermato che “la condanna generica al pagamento di somme di denaro, una volta accertata la sussistenza di un diritto, non costituisce affatto una eccezione nell’ambito del sistema (articolo 278 codice di procedura civile) e che comunque la *ratio* dell’articolo 35, comma due, del decreto legislativo n. 80 del 1998, pur inizialmente inserito nell’ambito più circoscritto della giurisdizione esclusiva, sta proprio nell’esigenza di raccordare le norme della procedura civile alla tipicità del processo amministrativo, che si muove sempre nell’ambito di situazioni caratterizzate dalla presenza di un potere della pubblica amministrazione. In questo ambito, quindi, la cosiddetta «sentenza sui criteri» può essere utilmente impiegata anche al di là della giurisdizione esclusiva, allorché, come nel caso di specie, la quantificazione del danno necessita di una ulteriore attività collaborativa dell’amministrazione”.

[15] Vale la pena di precisare che tale genere di pronuncia non è annoverabile tra le condanne generiche di cui all’art. 278 c.p.c., che non sembra ammessa nel processo amministrativo: nella fattispecie, infatti, il Giudice, indicando i criteri da seguire per la quantificazione del risarcimento, non si limita a una decisione in un punto di *an*.

[16] Così De Nictolis, *Codice del processo amministrativo commentato*, IV, Milano, 2017, 1303, che richiama Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8074.

[17] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2018, n. 6144: “La disposizione di cui all’art. 34, comma 4, c.p.a. si limita ad indicare come presupposto della procedura ivi divisa la «mancanza di opposizione delle parti», ma non reca l’espressa previsione circa la necessità della previa acquisizione dell’espresso consenso delle parti stesse. È, pertanto, più rispettoso del tenore testuale della norma concludere che sia onere dell’interessato manifestare tempestivamente la propria opposizione all’eventuale ricorso del Giudicante a tale procedura. Del resto, l’onere in questione non si palesa eccessivo o spropositato: la disposizione, infatti, trova applicazione solo ove la parte abbia sollecitato una «condanna pecuniaria», di talché colui che abbia coltivato un siffatto *petitum* ben può prevedere che il Giudice disponga l’accoglimento della domanda secondo le forme previste dalla cennata disposizione e, dunque, può tempestivamente e preventivamente rappresentare, oltretutto senza particolari oneri formali né vincoli temporali, la propria opposizione”.

[18] Si vedano Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6063, che conferma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 16 luglio 2004, n. 3049; cfr. altresì Rocco, *Accordo, esecuzione del giudicato e giudizio di ottemperanza*, in *Urb. App.*, 2005, 97.

[19] A tale approdo la giurisprudenza era giunta già prima dell’entrata in vigore dell’art. 34: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2005, n. 2167.

[20] C.G.A.R.S., Sez. giur., 31 dicembre 2020, n. 1216.

[21] Il criterio prescelto è in linea con l’orientamento che ha superato quella giurisprudenza che riconosceva il diritto all’utile nella misura percentuale del 10% dell’importo dell’offerta, criterio forfettario e presuntivo ormai abbandonato data la prescrizione di legge secondo la quale il danno da mancata aggiudicazione deve essere “provato” (art. 124, comma 1, c.p.a.). L’oggetto di questa prova, appunto, deve avere riguardo al margine di utile effettivo, quale ricostruibile dall’esame della documentazione prodotta in gara (tra le più recenti, si veda Cons. Stato, Sez. III, 5 marzo 2020, n. 1607 e la giurisprudenza ivi richiamata).

[22] Non può, infatti, applicarsi la percentuale di utile sull’intero importo a base d’asta, senza tener conto del ribasso offerto, in quanto, in mancanza di prova contraria, che incombe sulla parte ricorrente, deve supporre che il ribasso riguardasse, come di regola, l’intera base d’asta, utile incluso. L’entità dell’utile si presume correlata all’offerta presentata in gara, ovvero al margine positivo in essa incorporato, quale differenza tra costi e prezzo offerto. La proposta economica individua l’importo finale scaturito dal ribasso sul prezzo a base d’asta; a quest’ultimo l’Amministrazione appaltante perviene aggiungendo ai vari costi, evidenziati nel computo metrico, l’aliquota per spese generali e l’aliquota per utile d’impresa. Il calcolo dell’utile facendo ricorso al criterio presuntivo impone il cammino inverso, vale a dire scomporre dalla base d’asta l’utile applicato in

sede progettuale dall'Amministrazione appaltante. Poiché il danno risarcibile è quello effettivamente patito dall'impresa, deve ovviamente aversi riguardo all'importo al netto del ribasso offerto.

[23] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 2/2017.

[24] In epigrafe si legge trattarsi del “ricorso numero di registro generale 742 del 2020, proposto da Seap s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Ecoin s.r.l., ed Ecoin s.r.l.” contro l’Assessorato regionale dell’energia e dei servizi di pubblica utilità e Presidenza del Consiglio dei Ministri”.

[25] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 novembre 2020, n. 6769: è “principio pacifico del processo amministrativo che con le memorie non notificate possono essere illustrati e chiariti i motivi già svolti con l’atto introduttivo del giudizio ovvero confutate le tesi avversarie; tuttavia, anche ai fini dell’effettivo rispetto del principio del contraddittorio, non possono essere dedotte nuove censure, né può essere specificato, integrato o ampliato il contenuto dei motivi originari di appello e, a maggior ragione, del ricorso di primo grado (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3759; sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277)”.

[26] Il Collegio precisa che non può essere scrutinata nemmeno la richiesta risarcitoria formulata nel primo giudizio di ottemperanza, conclusosi con la sentenza n. 79/2021, che ha fissato i criteri per la liquidazione del danno. Anche la ricostruzione di questo passaggio è assai poco chiara in sentenza. Il Giudice scrive infatti che “con il ricorso introduttivo del presente giudizio di ottemperanza le ricorrenti avevano chiesto la condanna degli Enti resistenti al pagamento in favore della complessiva somma di € 318.341,10, ovvero nella maggiore somma da accertarsi in corso di giudizio, e la nomina di un commissario ad acta”. In realtà, non si tratta del “presente giudizio di ottemperanza”, bensì del precedente. E non può che essere così, dato che la pretesa risarcitoria di cui all’atto di diffida inviato all’amministrazione in risposta alla proposta formulata è ben inferiore alla somma testé riportata. A conferma di ciò, poco dopo il giudice annota che tale “giudizio è stato definito con la sentenza n. 79/2021 che è una decisione ai sensi dell’art. 34 comma 4 c.p.a., con la quale, invece di individuarsi direttamente l’ammontare della somma dovuta, sono stati dettati i criteri di quantificazione”.

[27] Cfr. Giacchetti, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1979, 2614, che annota che “il commissario *ad acta* nominato dal giudice dell’ottemperanza è una figura creata dalla giurisprudenza *praeter legem* per esigenze pratiche ed è del tutto sconosciuta al legislatore e finora dalla più significativa dottrina. Perché è stato creato è abbastanza semplice. È un noto dato sociologico che la pubblica amministrazione, quando tende ad auto costruirsi come potere e non come servizio – tale tratto è tipico della società contemporanea e in certa misura è sempre esistito – tende anche ad auto costruirsi come sistema autarchico ed autonomo, impermeabile alle esigenze degli altri poteri dello Stato, ed in particolare a quelle della magistratura. Con tale sistema tendenzialmente chiuso possono venire a collidere sentenze amministrative scomode, cioè sentenze che non si limitano ad annullare un provvedimento illegittimo ... ma indichino – o addirittura prescrivano – di tenere un comportamento che non risponda a quello che lo *staff* ritenga essere il reale interesse dell’amministrazione. In tal caso quest’ultima, non potendosi ribellare esplicitamente, tende ad opporre alle sentenze scomode un muro di gomma di ostruzionismo, adottando misure dilatorie o provvedimenti elusivi o addirittura una assoluta inerzia; è questo non necessariamente per motivi dolosi ... ma anche per motivi che al di fuori possono sembrare abbastanza banali, quali la modifica di un modulo o di una circolare o di una struttura di ufficio, fatti questi che infrangono il principio sacrale del precedente, possono creare vere e proprie crisi esistenziali nell’ambito di istituzioni anelastiche quali quelle del nostro ordinamento”.

[28] A tale impostazione conseguiva, sempre per l’Adunanza Plenaria, che i provvedimenti emessi dal commissario non potessero essere riconducibili al normale regime degli atti amministrativi e, pertanto, che non potessero essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo in sede di legittimità, bensì avanti a quello dell’ottemperanza. La giurisprudenza successiva si è allineata a questa impostazione: esempio ne è la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 maggio 1987, n. 297, annotata da Cannada Bartoli, *Il ritorno del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1987, 981, il quale commenta “il pregio della sentenza consistente nella riconduzione al solo giudice dell’ottemperanza dei ricorso o dei reclami avverso gli atti commissariali”. Infatti, immagina l’Autore, “si suppongano due giudizi di ottemperanza contro due comuni su materie identiche: nel primo, decorso il termine assegnato all’autorità amministrativa, opera il commissario *ad acta*, che emana un dato provvedimento; nel secondo giudizio, l’autorità, alla quale il giudice ha assegnato il termine per ottemperare, emana un provvedimento eguale a quello disposto nell’altro giudizio dal commissario. L’atto di quest’ultimo è sindacabile nel giudizio di ottemperanza. Identica soluzione deve valere nell’altro caso, di atto compiuto dall’autorità amministrativa per conformarsi, nel giudizio di ottemperanza, al precedente giudicato”.

[29] La dottrina dell’epoca, nell’ambito di tale ricostruzione, rinveniva alcune “varianti interpretative” tese ad identificare il commissario come semplice ausiliario del giudice dell’ottemperanza (così Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza, Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Varenna, 1981, Milano, 1983, pp. 68 ss.), oppure come organo giurisdizionale delegato ovvero ancora come suo sostituto (cfr. A.M. Sandulli, *Il problema dell’esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1982, 37: “si tratta di una soluzione tipicamente pragmatica e pretoria, la quale non ha base nel diritto scritto ed anzi appare difficilmente conciliabile con gli stessi principi,

non essendo consentito ai pubblici poteri, ed ancor meno ai giudici, di farsi sostituire – laddove la legge non lo autorizzi – né da altri organi né da persone estranee all'organizzazione dei poteri stessi”).

[30] In questi termini A.M. Sandulli, *op. cit.*

[31] Così Aprea, *Inottemperanza inerzia e commissario ad acta nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003, 54; v. altresì Favara, *Ottemperanza al giudicato e attribuzioni amministrative regionali*, in *Rass. Avv. St.*, 1977, 492.

[32] Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 7 marzo 1992, n. 157, il quale conclude per l'esclusiva competenza del giudice dell'ottemperanza in quanto l'atto di nomina proviene da quest'ultimo e in forza del principio generale per cui in materia di esecuzione dei provvedimenti giudiziari è il giudice dell'esecuzione a controllare ogni incidente o contestazione relativi a tale fase.

[33] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 5 febbraio 1985, n. 60, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 dicembre 1987, n. 1882.

[34] Vi è stata però anche una parte della giurisprudenza, per la quale gli atti del commissario dovevano essere conosciuti unicamente dal giudice dell'ottemperanza, in considerazione dello stretto legame tra i due organi: Cfr. Mazzaroli, *Il giudicato di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 226 ss.

[35] Nella seconda parte della disposizione è affermato il principio per cui l'istituto della ricsuzione su istanza di parte, previsto per il giudice, si estende anche al suo ausiliario: tale previsione si fonda sull'art. 108, co. 2, Cost., a mente del quale “la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia”.

[36] Cfr. T.A.R. Umbria, Sez. I, 16 novembre 2016, n. 705.

[37] V. T.A.R. Molise, Sez. I, 18 luglio 2007 n. 621; cfr. altresì Giardino, *L'annullamento d'ufficio degli atti del commissario ad acta – il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 869.

[38] Così Cons. St., Sez. II, 9 gennaio 2017, n. 177; cfr. Cons. St., Sez. III, 22 agosto 2016, n. 3664.

[39] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 ottobre 2014, n. 5158.

[40] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 27 febbraio 2017, n. 1149; cfr. altresì T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 17 gennaio 2017, n. 31: nel caso di ottemperanza al giudicato di condanna della pubblica amministrazione al pagamento di una somma di denaro, si è ritenuto che il commissario *ad acta* sia legittimato a provvedere alle seguenti attività: “allocazione della somma in bilancio (ove manchi un apposito stanziamento), espletamento delle fasi di impegno, liquidazione, ordinazione e pagamento della spesa, nonché reperimento materiale della somma; con la precisazione che l'esaurimento dei fondi di bilancio o la mancanza di disponibilità di cassa non costituiscono legittima causa di impedimento all'esecuzione del giudicato, dovendo il predetto organo straordinario porre in essere tutte e iniziative necessarie per porre in essere il pagamento”.

[41] Cfr. Scognamiglio, *Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8)*, in questa *Rivista*, la quale scrive di condividere “la scelta della Plenaria di abbandonare definitivamente la locuzione di «organo straordinario» dell'amministrazione spesso utilizzata con riferimento al commissario ad acta nominato nell'ambito del processo e di ascrivere decisamente alla sfera della giurisdizione la sua attività”.

[42] Cfr. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza*, in Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 589, dove si può leggere che deve riconoscersi “al commissario *ad acta* non già la natura di organo straordinario dell'amministrazione (come pure da alcuni sostenuto in passato), bensì quella di organo ausiliario del giudice, in quanto è il giudice che nomina il Commissario, dal giudice questi deriva i propri poteri di sostituzione, ed è sempre il giudice, investito del compito di dirigere l'esecuzione, ad indirizzare ed orientare la sua attività”. Si veda altresì Daidone, *Commento agli artt. 112-115 c.p.a.*, in Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 1074, il quale annota, a conferma di tale qualificazione, che il rapporto di ausiliarità si riflette, ad esempio, “nella possibilità che il commissario sia soggetto a ricsuzione nelle ipotesi di cui all'art. 51 c.p.c., nonché nel riconoscimento di un compenso per l'opera svolta”. In termini, si veda anche De Niccolis, *op. cit.*, 1759.

[43] La stessa Plenaria, nella recente sentenza n. 8/2021, discorre di “risalente dibattito” per riferirsi ai contrapposti orientamenti “sulla natura soggettiva del commissario *ad acta*”, figura che “nel tempo” ha “oscillato tra le distinte nature di organo straordinario dell'amministrazione, ausiliario del giudice, soggetto con duplice natura (ausiliario del giudice e organo straordinario)”; dibattito che è “storicamente comprensibile”, in ragione della “progressiva definizione dell'istituto”, “di

origine giurisprudenziale”, che però oggi è giunto alla “sua piena affermazione sia sul piano della previsione normativa (ora art. 21 c.p.a.), sia sul piano dell’ambito di intervento, oggi praticamente esteso ad ogni necessità di ottemperanza e/o esecuzione del provvedimento giurisdizionale dotato di forza esecutiva, secondo quanto prescritto dall’art. 112 c.p.a.”.

[44] Così De Nictolis, *op. cit.*, 1741.

[45] Così Greco, *L’effettività della tutela nel giudizio di ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it.

[46] Benvenuti, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol XVIII, Milano, 1969; Cacciavillani, *Il Giudicato*, in Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 613 ss.; Id, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; Calabrò, *Giudicato (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003; D’Alessandri, *Il giudizio di ottemperanza*, Roma, 2015; Francario, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 277 ss.; Travi, *L’esecuzione della sentenza*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, 4647 ss.

[47] Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1025 ss.

[48] Una delle motivazioni sta nella natura della parte soccombente, titolare di attribuzioni e poteri che la pongono a un livello diverso rispetto a quello della parte vincitrice. Si spiega così perché si discorra di “giudizio di ottemperanza” e non di processo esecutivo, avendo il primo una portata più ampia e variegata rispetto alla mera “esecuzione”, ricomprendendo tutte le attività necessarie e idonee a garantire la “attuazione” (come recita l’art. 112 c.p.a.) del comando giudiziale.

[49] Caputi Jambrenghi, *Commisario ad acta*, in *Enc. dir.*, agg. VI, 2002, 285 ss.

[50] Caputi Jambrenghi, *op. cit.*, che ha comparato la normativa italiana in materia con quella di altri ordinamenti europei e occidentali; cfr. altresì Greco, *op. cit.*

[51] Non si indugia oltre sui confini delle richieste proponibili in tale rito, tema che certamente merita di essere ulteriormente indagato. Rimane il fatto che il dato codicistico che lascia aperte varie strade, e sarebbe stato forse preferibile che il Collegio avesse optato per quella soluzione in grado di evitare ai litiganti di adire per la terza volta il giudice dell’ottemperanza. Come efficacemente è stato scritto, “il processo d’esecuzione ... è, e deve essere, sempre rapido: il combattimento fra le parti è finito, la bilancia è messa da parte e si tratta d’applicare una buona volta la sentenza, anche se il suo senso possa rivelarsi non chiaro. Del resto, non occorre di regola istruttoria, ed il giudice saprà bene cosa ha inteso dire. ... Poco conta che sopravvengano pronunzie cognitorie, se quelle d’accoglimento non siano poi eseguite. E lo stesso vale per pronunzie cautelari. Per ciò, la rapidità del giudizio d’esecuzione è il primo presidio del buon funzionamento della giustizia amministrativa”. Aggiunge l’autore che “un modo per far eseguire le pronunzie favorevoli al ricorrente contro la volontà dell’Amministrazione è quello della nomina del commissario *ad acta*. Tale figura è incontrovertita nella giurisprudenza. Sarebbe tempo che la legge la recepisca e la disciplini, per le parti in cui l’inventiva del giudice può apparire arbitraria” Paleologo, *La giustizia amministrativa cautelare e d’urgenza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1995, 745 ss. Tali osservazioni risalgono a un momento in cui il codice del processo amministrativo ancora non esisteva, ma già allora il commissario *ad acta* veniva indicato come quel soggetto che può aiutare il giudice nel suo compito di concretizzare la decisione passata in giudicato. Non vi è allora motivo per tardare nell’avvalersi di tale ausiliario, la cui nomina dovrebbe intervenire in via automatica quando l’amministrazione abbia dimostrato una certa inerzia nell’intraprendere l’esecuzione della sentenza.

[52] Cfr. *ex multis* Cons. Stato, 30 agosto 2021, n. 6111, ulteriore esempio di condanna ai sensi dell’art. 34, co. 4, c.p.a., in cui si rimanda a un accordo stragiudiziale la quantificazione del credito del ricorrente; v. altresì T.A.R. Veneto, ord. 25 marzo 2021, n. 146, in cui il Tribunale ha invitato le parti di due giudizi connessi, in cui erano coinvolte diverse amministrazioni, “ad un confronto collaborativo sui profili tecnici della vicenda”.

[53] In questa direzione pare vada inteso anche il recente intervento normativo di cui all’art. 6, D.L. n. 76/2020, che ha introdotto il “collegio consultivo tecnico” con funzioni di “assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell’esecuzione del contratto stesso”. Sul tema si segnala un interessante contributo relativo all’istituto e, in particolare, alla qualificazione delle “decisioni” assunte dal collegio predetto: Francario, *La natura giuridica delle determinazioni del collegio consultivo tecnico*, 23 marzo 2021, in lamministrativista.it.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1856 – 13 luglio 2021

Illegittima erogazione dei bonus Covid e protezione dati personali. Il sindacato del Garante sulle modalità di organizzazione della verifica della spettanza.

di Domenico Bottega

Sommario: 1. Premessa - 2. La vicenda - 3. La condotta contestata - 4. Le violazioni alla normativa in materia di protezione dei dati personali - 4.1. Le violazioni del principio di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento - 4.2. La pianificazione dei controlli - 4.3 Il principio di responsabilizzazione - 5. Conclusioni.

1. Premessa

Una “fuga di notizie” relativa alla presentazione della richiesta per il cosiddetto “bonus Covid” da parte di cinque deputati ha puntato il riflettore, nel corso dell’estate 2020, sul trattamento dei dati personali svolto dall’INPS per l’erogazione di tale indennità, trattamento su cui il Garante per la protezione dei dati personali ha ritenuto opportuno aprire un procedimento.

Benché l’Authority abbia espresso alcune perplessità sul convincimento dell’Istituto per cui l’origine delle indiscrezioni non fosse da individuarsi nel personale in forze all’INPS stesso^[1], altro non ha potuto fare – così scrive – che “limitarsi alle dichiarazioni rese dal titolare, che fanno fede a tutti gli effetti fino a querela di falso” e circoscrivere la propria istruttoria alle modalità con cui i dati dei richiedenti sono stati trattati.

L'esito dell'indagine svolta dal Garante è presto detto: è risultato accertato che l'INPS avrebbe sottovalutato i rischi della propria attività, non l'avrebbe pianificata a dovere e sarebbe quindi incorso in plurime violazioni dei principi sanciti nel G.D.P.R.

Scopo di questo contributo è allora quello di approfondire la condotta dell'Ente previdenziale per comprendere se e in che misura la stessa abbia violato la disciplina di settore.

2. La vicenda

Per non poco tempo il dibattito pubblico dell'estate 2020 è stato occupato dalla discussione sul fatto che alcuni "politici"^[2] avessero presentato domanda all'INPS per l'erogazione di quel bonus (inizialmente di 600 euro, poi innalzato a 1.000) varato per sostenere i redditi dei lavoratori autonomi.

La notizia, riportata inizialmente dal quotidiano La Repubblica il 9 agosto 2020, non conteneva i nomi di chi avesse presentato tale istanza, ma le informazioni riportate erano non poco circostanziate: la stampa scriveva di cinque deputati e di un gran numero (oltre duemila) tra sindaci, consiglieri comunali e regionali (addirittura – si diceva – vi sarebbe stato qualche Presidente di Giunta regionale) tra i richiedenti.

Il clamore e la pubblica indignazione che ne sono seguiti hanno funzionato a mo' di ricatto per i diretti interessati, che, in alcuni casi, si sono "autodenunciati" pubblicamente, con conseguenze di non poco conto: per alcuni di questi, infatti, l'aver presentato la richiesta di accedere al bonus (al di là, poi, di averlo ricevuto o meno e, nel primo caso, di essere disposti a restituirlo) ha comportato l'esclusione dalle liste dei candidati delle elezioni regionali che si sono celebrate nel successivo mese di settembre, senza contare l'impatto mediatico derivante dalla divulgazione di queste indiscrezioni in prossimità del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari, tenutosi sempre nel mese di settembre.

Ebbene, il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante per la protezione dei dati che, in questa annotazione, si cercherà di commentare prende le mosse da qui: lo stesso, però, non si occupa della diffusione della notizia^[3], bensì delle ragioni per cui l'INPS si sia occupato di verificare se alcuni dei soggetti sopra menzionati avessero presentato domanda per il bonus e delle modalità con cui sono stati trattati i relativi dati personali.

Come si è anticipato, l'esito dell'istruttoria è stato infausto per l'INPS, riconosciuto quale autore di plurime trasgressioni alle prescrizioni contenute nel G.D.P.R. nell'ambito del trattamento predetto: il Garante ha infatti ritenuto accertati la violazione dei principi di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento^[4], di minimizzazione dei dati^[5], di esattezza^[6], di responsabilizzazione^[7], dell'obbligo di effettuare la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati^[8], nonché la mancata protezione dei dati personali fin dalla progettazione e per impostazione predefinita^[9].

Su tutti questi profili ci si concentrerà ora partitamente, non prima di aver fornito qualche dettaglio in più sulla condotta tenuta dall'INPS.

3. La condotta contestata

Come noto, il D.L. n. 18/2020 (cosiddetto “Decreto Cura Italia”)[10] ha attribuito ai liberi professionisti titolari di partita iva attiva[11], ai lavoratori titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa[12], ai lavoratori autonomi[13], ai dipendenti stagionali del settore del turismo[14], agli operai agricoli[15] e ai lavoratori iscritti al Fondo pensioni Lavoratori dello spettacolo[16] il diritto a percepire il cosiddetto “bonus Covid”[17], un’indennità economica finalizzata a contenere i danni risentiti a causa dell’emergenza economica e sociale conseguente alla pandemia da Covid-19.

È emerso che l’INPS abbia erogato il “bonus Covid” a tutti i richiedenti che avevano superato i cosiddetti “controlli di primo livello”, effettuati mediante procedure informatiche basate sul confronto automatico tra le informazioni fornite dall’istante nella domanda con quelle presenti nelle banche dati detenute dall’Istituto.

Solo in un secondo momento – successivo all’erogazione dell’indennità – l’INPS ha proceduto coi “controlli di secondo livello”, effettuati dalla propria “Direzione centrale antifrode, anticorruzione e trasparenza”, la quale si è concentrata su tutte quelle situazioni che potevano essere state non rilevate nella prima fase della procedura: come si è detto, questa seconda verifica è stata effettuata a valle dell’erogazione, al fine di non ritardare la liquidazione dei bonus, considerato il contesto di crisi economica causata dal blocco delle attività produttive.

L’oggetto del procedimento sanzionatorio del Garante sono stati proprio i “controlli di secondo livello” effettuati sulla posizione dei parlamentari e dei titolari di cariche presso le amministrazioni locali e regionali.

In proposito, l’INPS ha dichiarato che la peculiarità delle posizioni dei parlamentari e degli amministratori regionali e locali ha richiesto specifici approfondimenti per verificare la spettanza del bonus, in considerazione della singolare situazione previdenziale di tali categorie di soggetti e, con specifico riferimento agli amministratori locali, “sia in ordine alla natura dell’iscrizione di tali soggetti ad altre forme di previdenza obbligatoria sia in ordine all’equiparazione della tutela assicurata dalle indennità percepite da tali soggetti rispetto a quella garantita da un reddito di lavoro dipendente”. Al riguardo, l’Istituto ha affermato che “in relazione a tale prima disamina e alle perplessità insorte in ordine alla spettanza del bonus, si è reso necessario comprendere se il problema fosse concreto, verificando se tra i soggetti percettori vi fossero anche parlamentari o titolari di cariche presso le amministrazioni locali e regionali”[18].

Tali verifiche sono state effettuate “con l’acquisizione dei dati anagrafici di deputati e amministratori regionali e locali dai dati aperti (*open data*) resi disponibili a chiunque, tramite le apposite pagine web messe a disposizione dalla Camera dei deputati (<http://dati.camera.it/sparql>) e dal Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell’interno (<https://dait.interno.gov.it/elezioni/open-data/amministratori-locali-in-carica>)”. A partire da queste informazioni l’INPS ha calcolato, in maniera automatizzata, il presunto codice fiscale che, successivamente, è stato posto in raffronto con quello indicato nelle domande presentate dai richiedenti il “bonus Covid”. All’esito di tale raffronto, l’Istituto ha accertato che tra i richiedenti vi erano anche deputati o soggetti titolari di incarichi di amministratori regionali o locali.

In contemporanea al raggiungimento di tale risultato da parte dell'Istituto è accaduto che tale notizia sia stata diffusa a mezzo stampa: il clamore mediatico suscitato, le numerose richieste di accesso agli atti pervenute all'INPS e l'apertura del procedimento del Garante hanno indotto l'Istituto a sospendere ogni attività di accertamento, “nel rispetto dei principi di precauzione e prevenzione”, e a “differire ogni valutazione in ordine alle richieste di ostensione e diffusione dei dati all'esito delle determinazioni” dell'Authority.

Così ricostruita la condotta tenuta dall'Amministrazione, è ora tempo di prendere in esame le singole contestazioni mosse dal Garante.

4. Le violazioni alla normativa in materia di protezione dei dati personali

Come si è anticipato, sei sono le violazioni emerse dall'istruttoria del Garante che l'INPS avrebbe commesso; vi è però un filo rosso che le accomuna tutte: l'assenza, prima dell'avvio del trattamento in questione, della predeterminazione della decisione circa la spettanza (o meno) del bonus Covid in capo ai titolari delle diverse tipologie di cariche politiche coinvolte.

Infatti, ciò che, a più riprese e sotto diversi profili, viene contestato all'INPS è l'assenza di un'adeguata progettazione del trattamento, indispensabile per assicurare, ed essere in grado di dimostrare, la conformità dello stesso al Regolamento.

Tale mancanza sarebbe ancor più grave perché commessa da un ente pubblico nell'ambito dell'esercizio dei propri legittimi poteri di controllo, la cui esecuzione ci si attende sia preceduta “da un'idonea valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati e [dal]la conseguente adozione delle misure necessarie per mitigarli”.

4.1. Le violazioni del principio di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento

Come si è anticipato, l'Authority ha ritenuto che “i trattamenti di dati personali necessari nell'ambito dei predetti controlli si sarebbero dovuti effettuare solo dopo aver superato le manifestate incertezze interpretative e avere quindi predeterminato, in astratto, la spettanza del bonus (non procedendo quindi all'incrocio dei dati prima di aver determinato la spettanza dell'indennità). Ciò, in quanto i trattamenti di dati personali per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri devono avvenire sulla base di un quadro normativo il più possibile chiaro e preciso la cui applicazione possa essere prevedibile per gli interessati (cfr. cons. 41 del Regolamento)”.

Agendo diversamente – sostiene il Garante –, la condotta dell'INPS si sarebbe posta in violazione del principio di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento, di cui all'art. 5, par. 1, lett. a), del Regolamento.

Merita allora indugiare sul tema, onde comprendere se effettivamente la procedura svolta dall'INPS si sia posta in spregio del disposto recato dall'articolo appena menzionato.

Come è stato annotato da una certa dottrina, il principio di liceità, di primo acchito, potrebbe apparire quasi pleonastico^[19], risultando superfluo consacrare in una norma *ad hoc* che il

trattamento dei dati debba rispettare le norme sancite dalla legge e, in particolare, dal Regolamento.

Indagando più a fondo, tuttavia, ci accorge che l'art. 6 G.D.P.R. (rubricato "liceità del trattamento") ha invero una portata concreta nel fissare i casi in cui il trattamento può dirsi lecito: si ha infatti una violazione del principio in parola nel momento in cui il trattamento dei dati non sia legittimato da alcuna della fattispecie elencate dall'art. 6 medesimo.

Così interpretata, ci si avvede come la norma non abbia una portata così ampia da finire per dover essere considerata ultronea, ma sia finalizzata a elevare a principio ciò di cui l'art. 6 è declinazione.

Come noto, il trattamento può dirsi lecito solo se: a) l'interessato ha espresso il suo consenso; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi.

Nel caso che ci riguarda il Garante rinviene unicamente nell'"esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento" (art. 6, par. 1, lett. e) la base legittimante l'attività dell'INPS, non risultando invocabile – come invece aveva tentato di fare l'Istituto – il "legittimo interesse" (art. 6, par. 1, lett. f) alla prevenzione delle frodi: e ciò in quanto un soggetto che effettua un trattamento necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico non può avvalersi della condizione di liceità del legittimo interesse di cui all'art. 6, par. 1, lett. f), del Regolamento, come precisato dal considerando 47 del medesimo G.D.P.R.

La conclusione cui giunge il Garante in ordine all'individuazione della base legittimante il trattamento è condivisibile, non fosse altro perché l'art. 6, par. 1, ultimo periodo del G.D.P.R. chiarisce espressamente che le autorità pubbliche non possono invocare il "legittimo interesse" come fondamento di un trattamento effettuato nell'esecuzione dei propri compiti.

Ma, una volta chiarito che l'attività di controllo – di primo e di secondo livello – svolta dall'INPS deve essere annoverata entro l'ambito dell'esecuzione di un pubblico potere (e, in particolare, può essere vista come necessaria al fine di reprimere indebiti accessi a indennità economiche da parte di chi non ne ha diritto), pare doversi dubitare che la stessa sia da considerarsi illecita^[20].

Anche a volersi ammettere che l'assenza di un convincimento certo sulla spettanza del bonus ai parlamentari prima dell'inizio del trattamento dei dati abbia un rilievo in punto di liceità, tale circostanza al più potrebbe avere un rimbalzo nella valutazione della correttezza del trattamento.

Il principio di correttezza, intrinseco alla liceità ma da essa distinto in ragione della specificità che esso assume^[21], sembra riconducibile, cercando concetti noti alla nostra cultura giuridica, alla regola di buona fede, la quale impone al titolare del trattamento di porre in

essere “tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendono necessari alla salvaguardia” dell’interessato, “nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico”^[22] in ogni fase del rapporto, dalla raccolta, all’elaborazione fino alla conservazione dei dati.

Il quesito da porsi è quindi se possa ritenersi – più che illecita – scorretta la condotta di quell’Amministrazione che, nutrendo un forte sospetto sulla spettanza di una certa indennità in capo ad alcuni soggetti, decida, nelle more che si sia formato un convincimento definitivo sul punto, di valutare se tale fattispecie effettivamente ricorra o meno^[23].

Perché, in altre parole, questo è ciò che viene contestato all’INPS: che questi abbia iniziato il trattamento in esame prima che fosse prestabilita la spettanza del bonus Covid a parlamentari e amministratori locali. Anzi, da un punto di vista strettamente formalistico, sarebbe mancato, nel caso di specie, un “att[o], anche intern[o], legittim[o] in base alla normativa che disciplina l’esercizio dei compiti da parte dell’Istituto”, che si esprimesse sulla questione e che potesse costituire il presupposto per il successivo trattamento.

L’assenza di tale provvedimento pare essere decisiva nella valutazione sull’eventuale violazione del principio di correttezza: ciò, tuttavia, solo per l’ipotesi in cui si possa affermare che l’INPS non ha adeguatamente pianificato i propri controlli, esponendo gli interessati ai rischi connessi a trattamenti non necessari.

Per comprendere quindi se vi sia stato un trattamento non tanto illecito quanto scorretto, si dovrà ora concentrarsi sulla pianificazione dei controlli e sulla disciplina relativa sancita dal Regolamento.

4.2. La pianificazione dei controlli.

Prima di scandagliare la condotta dell’Istituto, per quel che è possibile grazie agli elementi che emergono dal provvedimento sanzionatorio, pare opportuno concentrarsi su un aspetto innovativo contenuto nel Regolamento, che ha un’importanza centrale nel caso che ci riguarda: la progettazione del trattamento.

Rispetto alla normativa precedente, il G.D.P.R. segna un “cambio di rotta” sotto diversi profili: uno di questi è che il Regolamento, a differenza del Codice Privacy, non si fonda sul rispetto di numerosi obblighi di carattere squisitamente formale, bensì essenzialmente sul richiamo al principio dell’*accountability*, ossia l’adozione di “comportamenti attivi tesi a dimostrare l’effettivo rispetto del Regolamento”^[24].

Tale condotta, che si concretizza nell’adozione di misure tecniche ed organizzative adeguate proprio al conseguimento dello scopo, si colloca in due precisi momenti: una prima fase preliminare, prodromica al trattamento, nella quale al titolare competono scelte ed oneri organizzativi e decisionali quali la predisposizione dei mezzi dei quali avvalersi, cui ne segue una seconda, operativa, in cui si concreta il trattamento vero e proprio.

Questa impostazione, che va sotto il nome di “privacy by design”, ha lo scopo di assicurare che le garanzie di protezione dei dati siano osservate dalla progettazione iniziale dei sistemi di trattamento fin ai loro successivi funzionamenti e sviluppi^[25].

Tali prescrizioni sono contenute nell'art. 25 G.D.P.R., a mente del quale “il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati”: a ciò provvede “tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso”.

Come si vede, la disposizione non contiene, al di là della menzione della pseudonimizzazione, un'elencazione delle misure che devono essere adottate dal titolare: l'intento è quello che quest'ultimo non si reputi adempiente agli obblighi del G.D.P.R. per il sol fatto di aver adottato strumenti volti a garantire e ad accrescere la sicurezza della conservazione e della protezione dei dati^[26], ma che sia consapevole di dover fare un *quid pluris*, che sta al medesimo titolare individuare in cosa si concretizzi.

La *privacy by design* si sostanzia quindi in un approccio sistemico-gestionale, che ha come obiettivo finale quello di progettare sistemi di gestione dei dati in grado di ridurre, in senso selettivo e sostenibile, i rischi di *data breach* nei sistemi informativi: per fare ciò, è indispensabile che il trattamento dei dati sia preceduto da un'attività di design basata sul *risk based approach* e il *goal oriented approach*. In altre parole, la normativa eurolunitaria non si è posta come obiettivo quello di ricercare dei rimedi *ex post*^[27], quanto più che altro di imporre al titolare del trattamento di compiere un esame prudenziale delle attività che andrà a compiere e di adottare quelle misure di sicurezza – tecniche e organizzative – che garantiscono la protezione dei dati.

Insomma, non è possibile semplicemente affidarsi alle *best practices* del settore per assicurarsi un corretto sviluppo della progettazione: il titolare dovrà, infatti, secondo criteri di ragionevolezza e diligenza, valutare l'adeguatezza delle misure tecniche ed organizzative e garantire che esse tutelino al massimo le istanze degli interessati.

Oltre alla pseudonimizzazione di cui si è detto sopra, tra le tecniche di sicurezza cui il Regolamento conferisce carattere obbligatorio vi è anche la minimizzazione dei dati, ossia l'utilizzo solamente delle informazioni che sono necessarie rispetto alle finalità per cui il trattamento è svolto.

Ciò chiarito in via generale, è ora possibile tirare le fila su quanto è risultato accertato con riguardo alla condotta dell'INPS.

Dall'istruttoria condotta dal Garante sarebbe emerso che i controlli “di secondo livello” compiuti dall'Istituto avrebbero avuto a oggetto non solo i dati personali di coloro che hanno effettivamente percepito il bonus Covid, ma anche dei soggetti richiedenti che, a seguito di presentazione della relativa domanda, erano stati esclusi dal riconoscimento dell'indennità già all'esito dei controlli di primo livello.

Secondo quanto dichiarato, tale circostanza è stata determinata dal fatto che “la banca dati dell'Istituto relativa al bonus [...] conteneva un insieme di dati disomogenei, che andavano

dalle domande accolte, a quelle non ancora elaborate, a quelle in corso di riesame, ecc.” e, “posto che le istanze di accesso al bonus pervenute all’Istituto, da chiunque provenienti, compresi parlamentari, amministratori locali o regionali potevano trovarsi in una qualunque delle predette fasi di trattazione (accolte, non ancora elaborate, in corso di esame), l’incrocio dei dati doverosamente doveva essere globale [...] senza escludere nulla all’esame dell’attività ispettiva”.

Da quel che ha dichiarato l’INPS sembra quindi che la verifica in ordine al fatto che l’istanza fosse stata presentata da un parlamentare o da un amministratore locale ovvero regionale si sia sommata alle altre in corso, non tenendosi in conto che la domanda poteva essere stata respinta per altre ragioni, indipendentemente dalla circostanza che il richiedente fosse titolare di un incarico tra quelli predetti.

A detta del Garante il trattamento risulterebbe esorbitare da quanto necessario rispetto alle finalità per le quali i dati sono trattati, ponendosi quindi in violazione del principio di minimizzazione di cui all’art. 5, par. 1, lett. c), del Regolamento, il quale impone di contenere i dati oggetto di trattamento a quelli indispensabili per il raggiungimento dello scopo perseguito[28].

Non solo. Come già anticipato sopra, l’Istituto ha proceduto alla raccolta di dati personali da banche dati esterne, detenute dalla Camera dei deputati e dal Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell’interno: mancando, tra i dati resi fruibili liberamente, il codice fiscale, l’Istituto ha proceduto a calcolarlo in autonomia, in base ai parametri contenuti nel d.m. 12 marzo 1974, n. 2227, e ha quindi operato un raffronto con quelli riportati dagli interessati nelle domande presentate per l’erogazione del “bonus Covid”.

Su tale modalità di calcolo il Garante rileva che esso potrebbe comportare errori, non tenendosi in conto i casi di cosiddetta “omocodia”, cioè di coincidenza, tra più interessati, di alcuni dati, che impone all’Agenzia delle Entrate di assegnare loro un particolare codice fiscale diverso da quello ottenuto mediante la procedura di calcolo.

Così riassunti la condotta tenuta dall’INPS e gli aspetti che della stessa rilevano ai fini della valutazione di eventuali violazioni del G.D.P.R., in particolar modo dell’obbligo di pianificare il trattamento, pare potersi affermare che solo per l’effetto di un esame parcellizzato e non globale del comportamento dell’INPS il Garante abbia potuto decidere nei termini anzidetti.

Vale la pena sgombrare subito il campo dalla questione relativa all’esattezza dei dati trattati.

Il rischio di omocodia paventato dal Garante, benché ovviamente esistente, è tuttavia di portata limitata (in Italia ci sarebbero all’incirca 30.000 persone che potrebbero condividere lo stesso codice fiscale) e, nonostante non possa negarsi che il metodo adottato dall’INPS avrebbe potuto condurre a errori, il Garante, sotto questo profilo, pare non tenere in conto che l’Istituto, una volta aperto il procedimento di verifica sul trattamento dei dati in questione, ha interrotto ogni attività e non ha mai portato a termine i controlli di secondo livello. L’Authority avrebbe dovuto accertare – cosa che invece non ha fatto – quali ulteriori adempimenti sarebbero stati messi in campo dall’INPS prima di pronunciare un provvedimento di revoca del contributo, adempimenti che avrebbero potuto includere anche meccanismi di correzione delle eventuali inesattezze (fermo restando, e questo è indubitabile,

che le stesse non sono state preventivate a monte e che quindi un meccanismo correttivo avrebbe potuto essere adottato solo “in corsa”).

Al di là di questo profilo che, se pur discutibile, non pare dirimente, la contestazione relativa alla mancata pianificazione dei controlli risiede ancora una volta nel fatto di aver proceduto a trattare i dati dei parlamentari (e degli altri amministratori locali), senza aver prima accertato in via definitiva se a questi spettasse il bonus oppure no.

Ridotta a questi termini, la questione sembra ricondursi a un’eventuale inversione logica del procedimento, dovendosi imputare all’INPS di aver prima voluto comprendere la portata del problema e poi acclarare se di un problema effettivamente si potesse discorrere.

Un approccio di questo tipo da parte del Garante, però, pare, oltre che fondato su presupposti in fatto erronei, estremamente miope, perché inevitabilmente finisce per osservare la fattispecie da lontano, senza metterne a fuoco i dettagli, concentrandosi solamente su una serie di aspetti di secondario rilievo, che assumono importanza solo perché vicini allo sguardo di chi giudica.

L’Authority, infatti, ha valorizzato, in sostanza, un solo elemento: la mancanza di un atto – ossia di un documento – in cui l’INPS abbia versato il proprio parere in ordine alla spettanza del bonus. Così facendo, però, è mancato qualsiasi tipo di accertamento sui “comportamenti attivi” tenuti dall’Istituto.

Pare evidente, dalla ricostruzione dei fatti che emerge dal provvedimento, che l’INPS ha agito seguendo binari paralleli, dovendo perseguire finalità diverse nella sua azione.

L’Istituto doveva infatti bilanciare, da un lato, l’interesse dei soggetti istanti a vedersi corrisposto il bonus nel più breve tempo possibile, pena l’inefficacia di una misura che fosse stata erogata a emergenza conclusa; dall’altro lato, l’INPS doveva evidentemente evitare di erogare il bonus a chi erroneamente ne aveva fatto richiesta.

Esauriti quindi i controlli di primo grado, in grado di rilevare i casi più evidenti di trasgressione, è iniziato il secondo livello di verifiche, processo che comunque non poteva avere una durata irragionevole, pena non solo la difficoltà per l’erario di recuperare le somme illegittimamente erogate e magari già impiegate dai beneficiari, ma anche la lesione dell’affidamento ingenerato in questi ultimi dall’erogazione e dalla mancata sollecita revoca del bonus stesso.

A fronte di un dato legislativo piuttosto incerto, che ha costretto l’INPS a chiedere un parere anche al Ministero del Lavoro, l’Amministrazione ha ritenuto opportuno – si appende dalla lettura del provvedimento – cominciare le attività di verifica sui parlamentari, e ciò sulla base del convincimento che essi non avessero diritto alla percezione del contributo.

Come rimarca il Garante, tale convincimento non è stato consacrato in alcun atto interno, ma è altrettanto vero che tale incombenza non era necessario, dovendo i casi di revoca del bonus risultare dalla mera interpretazione del dato letterale legislativo.

Insomma, sembra che il sintomo dell'assenza di pianificazione sia stata l'incertezza della legge sul punto e la manifestazione che anche per l'INPS il tema non era chiaro, avendo l'Istituto domandato un parere al Ministero (che peraltro ha tardato mesi prima di fornirlo).

È passata invece sotto silenzio l'efficienza di questa Amministrazione e l'efficacia della sua azione: l'INPS, infatti, senza attendere per lungo tempo un parere non necessario da parte di un altro ente, ha intrapreso quelle attività prodromiche al recupero dei contributi erogati a soggetti non legittimati a riceverlo: attività che è stata compiuta non sulla base dell'incertezza normativa, ma del convincimento dell'ente della correttezza dell'interpretazione che esso stesso vi aveva fornito.

Al di là quindi di alcuni profili di inesattezza nel trattamento dei dati (come, ad esempio, aver calcolato il codice fiscale in modo automatico) e di un loro utilizzo sovrabbondante rispetto alle finalità (costituito dal fatto di aver cercato se vi fossero dei parlamentari tra gli istanti, anche tra coloro che già erano stati esclusi all'esito dei controlli di primo livello), non sembra potersi affermare che sia mancata una pianificazione dei controlli da parte dell'INPS e che il Garante sia giunto a questa erronea conclusione valorizzando un elemento di fatto non decisivo (l'assenza di un atto interno che desse conto della spettanza del "bonus Covid" ai parlamentari).

Ciò detto, però, al fine di comprendere se effettivamente la condotta tenuta dall'INPS possa dirsi o meno conforme al G.D.P.R., deve verificarsi se la stessa sia in grado di superare l'esame dell'*accountability*, che, come si è detto, costituisce il *core* della disciplina contenuta nel G.D.P.R.

4.3 Il principio di responsabilizzazione

Come si evince da quel che si è detto, l'art. 25 del G.D.P.R. rappresenta a buon diritto "una tra le norme più ambiziose dell'intera riforma", racchiudendosi qui uno tra i principali obiettivi del Regolamento: la responsabilizzazione del titolare.

Essa va intesa secondo una duplice accezione: come anticipazione responsabile di tutele, misure e procedure (responsabilizzazione vera e propria) e come rendicontazione, ossia dimostrazione di aver rispettato le regole.

Il principio è consacrato al secondo paragrafo dell'art. 5 del G.D.P.R., il quale individua l'oggetto della responsabilità nei principi di cui al primo paragrafo. In verità, come è stato sottolineato, "esso costituisce una forza sotterranea che informa di sé pressoché tutti gli istituti del Regolamento": esso è "il verso nella cui direzione occorre applicare e interpretare le norme *de qua*"^[29].

Pare quindi che esso costituisca il parametro migliore per testare la condotta dell'INPS: bisognerà quindi verificare se, come insegna l'art. 25 a proposito della *privacy by design*, l'Istituto si sia dimostrato responsabile (e responsabilizzato) prima del trattamento. Il controllo, collocandosi *ex post*, sarà quindi finalizzato a verificare se il titolare sia in grado di fornire prova non solo dell'*an* (ossia di aver adottato delle misure), ma anche del *quomodo* e del *quantum*, cioè dell'efficacia delle scelte compiute.

Per rispondere quindi al quesito se l'INPS abbia effettivamente omesso di pianificare i propri controlli, si deve ripartire da ciò che ha fatto l'Istituto, così come emerso nell'istruttoria.

Nel provvedimento in commento il Garante ricostruisce nei dettagli la condotta tenuta dall'INPS, concentrandosi in particolar modo su tutti quegli elementi fattuali che dovrebbero rendere palese che l'Istituto avrebbe agito in modo casuale, in assenza di un progetto a monte sui controlli da svolgere.

Risulterebbe infatti che il trattamento di dati personali in questione sia stato effettuato prima della fine del mese di maggio 2020^[30], quindi – annota il Garante – in un momento anteriore a quando è stato chiarito in via definitiva se gli incarichi di parlamentare e di amministratore regionale o locale costituissero una condizione ostativa alla spettanza del bonus Covid.

L'Authority àncora il momento in cui sarebbe stata raggiunta una ragionevole certezza sulla questione alla data in cui è giunto il parere – richiesto dall'INPS – al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, pervenuto il 2 dicembre 2020 (ossia nel corso del procedimento), dando scarso rilievo al fatto che la Direzione Centrale Antifrode, Anticorruzione e Trasparenza dell'INPS era già giunta in autonomia alla medesima conclusione^[31].

La ricostruzione così proposta non sembra però corretta.

L'INPS ha infatti dichiarato che “la Direzione Centrale Antifrode, Anticorruzione e Trasparenza, secondo un'interpretazione letterale della norma alla luce dei parametri costituzionali di riferimento, considerava la prestazione non spettante ai parlamentari ed ai titolari di cariche presso le amministrazioni locali”, ma che “la complessità delle questioni in gioco richiedeva un approfondimento da parte delle Direzioni amministrative competenti e del vigilante Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali”.

Non è dato sapere se la Direzione Centrale predetta abbia cristallizzato in un atto interno il proprio convincimento, ma pare che, per quanto oscura fosse la questione, ben avesse interpretato la normativa di settore e che, sulla base di ciò, abbia deciso di intraprendere i controlli di secondo livello relativamente alle categorie soggettive di cui si è detto.

Peraltro, il parere del Ministero non era certo presupposto necessario per le attività di recupero che l'INPS sarebbe andato poi a compiere: insomma, anche a fronte di un'opinione diametralmente opposta che il Ministero avesse formulato, nulla avrebbe vietato all'Istituto di ritenere prevalente – perché migliore – la propria interpretazione delle disposizioni rilevanti.

Non pare, poi, che si possa biasimare la scelta dell'INPS di cominciare l'attività di controllo nel più breve tempo possibile, considerando l'esito che tali controlli hanno: quello di recupero di somme già versate ai richiedenti, risultando quindi certamente preferibile per chi si è visto accreditare il bonus, così come per l'Istituto che deve procedere al recupero, che tale attività si svolga nell'immediatezza e non a distanza di parecchi mesi.

Quanto al principio di responsabilizzazione, il Garante scrive che, alla luce della documentazione prodotta nell'ambito dell'istruttoria, l'INPS non è stato, in generale, in grado di comprovare, con argomenti logici o prove di fatto, le ragioni delle decisioni assunte nell'ambito del complesso trattamento di dati personali effettuato, al fine di dimostrare

all'Autorità il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali secondo quanto previsto dal «principio di responsabilizzazione» (art. 5, par. 2 del Regolamento).

Prova di ciò si avrebbe dalle dichiarazioni rilasciate con riferimento, ad esempio, alla questione dell'individuazione dei casi di spettanza del bonus, cui si aggiungerebbe il fatto che quanto dichiarato nelle predette note non sarebbe supportato da un'adeguata documentazione atta a comprovare quali livelli decisionali sono stati coinvolti, le valutazioni effettuate, le ragioni sottese alle decisioni prese e le misure adottate in relazione al trattamento dei dati personali in esame.

Ad avviso di chi scrive, il giudizio del Garante sembra eccessivamente severo, considerati le risultanze istruttorie e il significato delle disposizioni che il titolare avrebbe violato.

Nella valutazione dell'eventuale violazione del principio di responsabilizzazione è necessario, come si è detto, porsi idealmente nel momento precedente l'inizio del trattamento e considerare le attività che in quel momento sono state messe in atto: con specifico riferimento alla condotta dell'INPS, si può dire che quest'ultimo, in quella fase prodromica, si trovava in una situazione di incertezza normativa, da un lato, e di necessità di operare un bilanciamento tra interessi, dall'altro.

Quanto a questo secondo profilo, l'INPS, incaricato per legge di gestire l'erogazione del bonus Covid, ha condivisibilmente soddisfatto l'interesse della platea di professionisti che attendevano la nota indennità programmando solamente un controllo di primo livello di tipo automatico, garantendo così la liquidazione del danaro in tempi rapidi; così facendo, peraltro, già ha fatto fronte al rischio di frodi, eliminando dalla platea dei beneficiari una parte dei richiedenti. Le situazioni personali che, invece, richiedevano un maggior livello di indagine sono state riservate a una seconda fase, nella quale si è posto il problema che qui ci riguarda. La questione relativa alla spettanza del bonus ai parlamentari risulta essere stata risolta dalla Direzione Centrale Antifrode dell'INPS, che, sulla base di quel risultato, ha proceduto alle verifiche su descritte.

Benché manchi agli atti un provvedimento in cui l'Istituto abbia dato conto del proprio parere in ordine alla spettanza del "bonus Covid" ai soggetti titolari di incarichi politici, è incontestato che a tale convincimento l'INPS sia giunto prima di cominciare il trattamento (e certamente non potranno avere un impatto sulla condotta tenuta dall'Istituto le ragioni che lo hanno condotto a questa conclusione, rilevando solamente che tale scelta sia stata compiuta prima di cominciare il trattamento, e non a valle).

Non sembra quindi potersi concludere che sia mancata una pianificazione delle attività di controllo, ma semmai che l'Istituto non sia stato in grado di costituirsi la prova dell'esistenza di un proprio parere sulla disciplina da applicare. Prova che, lo si ripete, si dubita che dovesse esistere, considerato che la pianificazione ben può risultare anche da comportamenti tenuti dal titolare del trattamento.

In ordine poi all'efficacia delle scelte compiute, poco dice il provvedimento, limitandosi a rilevare che sarebbe mancata a monte la scelta di domandare all'Agenzia delle Entrate i codici fiscali dei parlamentari (invece che procedere a un calcolo automatico degli stessi).

Al netto di tale superficialità, che certo non può essere scusabile (benché non risulti aver condotto a qualche errore), non sembra potersi predicare che l'essenzialità della pianificazione dell'INPS si sia riverberata in gravi violazioni del G.D.P.R.

5. Conclusioni

Essendo risultato indimostrabile che la diffusione delle notizie in ordine al fatto che alcuni parlamentari avevano presentato istanza per ottenere il cosiddetto "bonus Covid" fosse attribuibile dall'INPS, il Garante ha intrapreso un'indagine in ordine al relativo trattamento dei dati.

È risultato accertato, in modo peraltro condivisibile, che l'Amministrazione abbia compiuto degli errori, avendo proceduto a calcolare il codice fiscale dei parlamentari in modo automatico e in autonomia (senza tenere in conto il rischio di omocodia) e abbia compiuto un trattamento inutile, verificando se vi erano dei parlamentari e degli amministratori locali non solo tra coloro cui il bonus era stato erogato ma anche tra gli esclusi all'esito dei controlli di primo livello (avendo utilizzato una banca dati che sommava tutti gli istanti).

È stato tuttavia stabilito che l'INPS non avrebbe adeguatamente pianificato l'attività di controllo, non avendo predeterminato la spettanza del bonus in capo ai titolari di incarichi politici prima di verificare se alcuni di questi avevano presentato istanza. Tale conclusione, come si è detto, appare erronea in punto di fatto, non avendo il Garante tenuto in considerazione che la Direzione Antifrode era giunta a formulare un parere prima di procedere al trattamento.

Di più, dalla ricostruzione sopra esposta pare che l'INPS abbia agito in modo tutt'altro che casuale, abbia compiuto un'indagine legale sulla spettanza del contributo e, sulla base dei risultati cui è giunto, abbia cominciato il trattamento dei dati finalizzato a recuperare le elargizioni illegittimamente disposte.

Si rivela poi eccessiva la contestazione del Garante, sempre con riguardo alle lacune nell'attività di pianificazione, in ordine all'assenza di prova di quali livelli decisionali siano stati coinvolti dall'INPS, di che valutazioni in concreto esso abbia fatto e che ragioni abbia posto alla base delle decisioni prese. Anzi, un'affermazione di questa portata, che impone un *surplus* di pianificazione non richiesto dal G.D.P.R., sembra, ad avviso di chi scrive, un aggravamento procedimentale inutile, finalizzato più che altro alla precostituzione di una prova in capo al titolare dell'attività svolta, piuttosto che a verificare l'evidenza che quell'attività sia stata effettivamente svolta.

Un approccio di questo genere, focalizzato sugli adempimenti formali piuttosto che sulla valorizzazione dei comportamenti attivi, sembra una regressione al Codice Privacy, regressione che non tiene conto del progresso fatto dalla legislazione eurounitaria, la quale, anche attraverso il Regolamento, impone non atti formali ma condotte concrete, in grado di dimostrare l'effettivo e sostanziale rispetto del G.D.P.R. Condotte che nel caso di specie non si può dubitare che non vi siano state.

[1] Nel provvedimento in commento si può leggere che è “verosimile che l’origine della diffusione della notizia e dei nomi dei cinque deputati richiedenti il sussidio sia interna all’INPS, al tempo l’unico ente a conoscenza di tali informazioni a seguito dei controlli che essa sola stava effettuando”.

[2] Il riferimento è a membri della Camera dei deputati, di Consigli e Giunte regionali, provinciali e comunali.

[3] Con riferimento alla divulgazione degli esiti di tali controlli alla stampa, l’INPS ha dichiarato che, “nessuna attività di comunicazione a terzi è stata effettuata dall’Istituto in ordine all’attività ispettiva in essere”; circostanza che è stata più volte ribadita dall’Istituto, anche in sede di audizione parlamentare, nel corso della quale il Presidente ha precisato di aver informato, già a fine maggio, il Consiglio di amministrazione dell’Istituto dell’esito dei primi controlli effettuati.

[4] di cui all’art. 5, par. 1, lett. a), del Regolamento.

[5] di cui all’art. 5, par. 1, lett. c), del Regolamento (cfr. par. 6.2).

[6] di cui all’art. 5, par. 1, lett. d), del Regolamento (cfr. par. 6.3).

[7] di cui agli artt. 5, par. 2 e 24, del Regolamento (cfr. par. 6.6).

[8] di cui all’art. 35 del Regolamento (cfr. par. 6.5).

[9] di cui all’art. 25 del Regolamento (cfr. parr. 6.1 e 6.4).

[10] Il riferimento è ai suoi artt. 27, 28, 29, 30, 31 e 38.

[11] Non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie (così l’art. 27).

[12] Non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie (così l’art. 27).

[13] Iscritti alle gestioni speciali dell’Ago, non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie, ad esclusione della Gestione separata di cui all’articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (così l’art. 28).

[14] Nonché ai dipendenti degli stabilimenti termali che hanno cessato involontariamente il rapporto di lavoro nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2019 e la data di entrata in vigore del decreto, non titolari di pensione e non titolari di rapporto di lavoro dipendente (così l’art. 29).

[15] Impiegati a tempo determinato, non titolari di pensione, che nel 2019 abbiano effettuato almeno 50 giornate effettive di attività di lavoro agricolo (così l’art. 30).

[16] Con almeno 30 contributi giornalieri versati nell’anno 2019 al medesimo Fondo, cui deriva un reddito non superiore a 50.000 euro, e non titolari di pensione (così l’art. 38).

[17] Diritto subordinato per legge alla mancata titolarità di una pensione, all’assenza di iscrizione ad altra forma previdenziale obbligatoria, ovvero, nei casi in cui il diritto nascesse in virtù di un rapporto di lavoro dipendente svolto nell’anno 2019, all’insussistenza di un rapporto di lavoro dipendente alla data di entrata in vigore del decreto (17 marzo 2020).

[18] Si tornerà nel prosieguo a discutere sul fatto se l’INPS abbia commesso un’inversione logica, nel momento in cui ha deciso prima di verificare se vi fossero dei parlamentari tra i richiedenti il “bonus Covid” e poi di acclarare se questi avessero diritto a percepirlo; vale la pena subito anticipare che la tesi del Garante è che l’Istituto avrebbe dovuto agire in senso opposto, ossia prima accertarsi se i membri delle due Camere e gli amministratori locali e regionali avessero astrattamente titolarità a ricevere il bonus in parola e, di poi, in caso di esito negativo, cercare i trasgressori.

[19] Così Piraino, *La liceità e la correttezza*, in Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, 2006, 750 (benché con riguardo alla disciplina previgente il G.D.P.R.).

[20] Del resto, come annota attenta dottrina, il riferimento al legittimo interesse del titolare è posto, nelle argomentazioni del regolatore, a presidio del soddisfacimento di interessi pubblici: così Bosa, *Commento all'art. 6 del G.D.P.R.*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Delle persone – Leggi collegate*, vol II, Milano, 2019, 132 s.

[21] Si veda Navarretta, *Art. 11*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, 251, per la quale “la loro distinzione ... consiste nella diversità del precetto violato. Tramite la liceità il legislatore detta specifiche regole di condotta, il cui contenuto – di matrice integralmente eteronoma – è in toto determinato a priori. Tramite la correttezza il legislatore indica all'agente un canone generale cui deve attenersi la sua condotta, che rimane fundamentalmente libera, ma nel rispetto della clausola generale che colora tale autonomia di una connotazione discrezionale”.

[22] Vedi Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 211.

[23] Lo si ripete: ammesso che tale convincimento non vi sia. Anche se, per quel che si dirà nel prosieguo, tale conclusione sembra da rifiutarsi.

[24] Montanari, *Commento all'art. 25 del G.D.P.R.*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Delle persone – Leggi collegate*, vol II, Milano, 2019, 524 ss.

[25] Tale approccio e la stessa formula *privacy by design* si devono ad Ann Cavoukian, Information and Privacy Commissioner dell'Ontario, che già negli Anni '90 elaborò questi concetti. L'autrice canadese scrive che “Privacy by Design advances the view that the future of privacy cannot be assured solely by compliance with regulatory frameworks; rather, privacy assurance must ideally become an organization's default mode of operation”: cfr. Cavoukian, *The 7 Foundational Principles*, in <https://www.ipc.on.ca/wpcontent/uploads/Resources/7foundationalprinciples.pdf>. I concetti di *privacy by design* sono stati poi oggetto di discussione in seno alla Conferenza mondiale dei Garanti per la protezione dei dati personali tenutasi a Gerusalemme il 27-29 ottobre 2010, all'esito della quale è stata adottata una *Resolution on Privacy by design*, nella quale sono stati adottati i “sette principi” elaborati da Cavoukian. Essi sono: 1. Proactive not Reactive; Preventative not Remedial; 2. Privacy as the Default; 3. Privacy Embedded into Design; 4. Full Functionality: Positive-Sum, not Zero-Sum; 5. End-to-End Lifecycle Protection; 6. Visibility and Transparency; 7. Respect for User Privacy. La risoluzione è disponibile sul sito del Garante: <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/1807346.pdf/e2a585d9-7863-468c-81f5-0d5c57815b54?version=1.0> Sull'importanza del concetto di *privacy by design* e sulle sue ripercussioni, si veda quel che afferma la dottrina tedesca, in particolare Martini, in Paal, Pauly, *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz*, München, 2018, 319, *sub* Art. 25: “Das Konzept „privacy by design“ setzt entspr. auf der Erkenntnis auf, dass sich der Schutz informationeller Selbstbestimmung am besten sicherstellen lässt, wenn er bereits in die Programmierung und architektonische Konzipierung der Datenverarbeitungsvorgänge sowie der Datenverarbeitungstechnik integriert ist und bei deren Entwicklung Berücksichtigung findet“.

[26] Ci si riferisce qui alle Privacy Enhancing Technologies (PET), ossia quelle tecniche finalizzate alla minimizzazione dei dati personali raccolti e utilizzati, consistenti nell'adozione di pseudonimi, credenziali di accesso e ogni altro strumento volto a garantire anonimato e sicurezza dei dati.

[27] Rimedi che comunque non mancano. Sul tema non ci si concentra, ma si rinvia ai contributi di Mantelero (Cap. 6, par. 3) e Ratti (Cap. 13, par. 1) in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, opera diretta da Finocchiaro, Bologna, 2017.

[28] Resta, *Commento all'art. 5*, in Riccio, Scorza, Bellisario (a cura di), *G.D.P.R. e normativa privacy*, Milano, 2018, 58.

[29] Così Achille, *Commento all'art. 5 del G.D.P.R.*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Delle persone – Leggi collegate*, vol II, Milano, 2019, 114.

[30] Come è emerso dall'audizione del Presidente alla Camera dei deputati.

[31] Nel provvedimento del garante viene citata una nota di INPS dove questi dichiara: “la Direzione Centrale Antifrode, Anticorruzione e Trasparenza, secondo un'interpretazione letterale della norma alla luce dei parametri costituzionali di riferimento, considerava la prestazione non spettante ai parlamentari ed ai titolari di cariche presso le amministrazioni locali”.



GIUSTIZIA INSIEME

Le note a sentenza
di
GIUSTIZIA INSIEME

Annuario della giurisprudenza amministrativa annotata 2021

EDITORIALE SCIENTIFICA

COMITATO DI REDAZIONE DELLA SEZIONE DIRITTO E PROCESSO AMMINISTRATIVO DELLA RIVISTA
GIUSTIZIA INSIEME

Maria Baldari; Antonio Barone; Antonio Bartolini; Vittoria Berlingò; Domenico Bottega; Giovanni Botto; Vinicio Brigante; Chiara Cacciavillani; Stefania Caggegi; Marco Calabrò; Sonia Caldarelli; Michele Ricciardo Calderaro; Enza Caracciolo; Andrea Carbone; Francesco Cardarelli; Edoardo Caruso; Silvia Casilli; Alice Cauduro; Paola Chirulli; Fabiola Cimbali; Alessandro Cioffi; Emanuela Concilio; Andrea Crismani; Filippo D'Angelo; Raffaella Dagostino; Maria Grazia Della Scala; Gianluigi Delle Cave; Luca De Lucia; Maximilian Denicolò; Ruggiero Dipace; Carmine Filicetti; Cristina Fragomeni; Fabio Francario; Simone Francario; Roberto Fusco; Fortunato Gambardella; Silia Gardini; Ilaria Genuessi; Loredana Giani; Nicola Gullo; Annarita Iacopino; Giovanna Iacovone; Margherita Interlandi; Giuseppe La Rosa; Roberto Leonardi; Tania Linardi; Marco Magri; Francesco Manganaro; Giuseppina Mari; Francesco Martines; Antonella Mirabile; Saul Monzani; Remo Morzenti Pellegrini; Clara Napolitano; Angelo Giuseppe Orofino; Piergiuseppe Otranto; Rocco Parisi; Vera Parisio; Sergio Perongini; Ippolito Piazza; Aristide Police; Pierluigi Portaluri; Giuseppe Primerano; Marco Ragusa; Renato Rolli; Anna Romeo; Maria Alessandra Sandulli; Andreina Scognamiglio; Simone Serio; Martina Sforna; Veronica Sordi; Mario Spasiano; Giordana Strazza; Alessandro Squazzoni; Fabrizio Tigano; Matteo Timo; Michele Trimarchi; Giuseppe Tropea; Claudia Tubertini; Silvia Tuccillo; Stefano Vaccari; Piera Vipiana; Flavio Valerio Virzi; Francesco Volpe; Enrico Zampetti.

ISBN 979-12-5976-657-1



9 791259 766571

INDICE

Anno 2021

F. APERIO BELLA, <i>Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio</i> (nota a Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021)	1
M. BALDARI, <i>Accertamento penale ed accertamento amministrativo in caso di lottizzazione abusiva</i> (Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 19 luglio 2021, n. 5403)	27
M. BALDARI, <i>La CGUE riconosce il “diritto al silenzio” nei procedimenti sanzionatori dinanzi alla Consob</i> (Nota a CGUE, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19)	37
G. BAROZZI REGIANI, <i>Poteri impliciti delle Autorità indipendenti e principio di legalità. Il potere di accertamento della Consob</i> (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, 14 dicembre 2020, n. 7972)	50
A. BARTOLINI, <i>Il termine del procedimento amministrativo tra clamori di novità ed intenti di pietrificazione</i>	72
F. P. BELLO, <i>Primissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato</i>	76
D. BOTTEGA, <i>Il principio della domanda nel giudizio di ottemperanza</i> (nota a C.G.A.R.S., Sez. giur., 14 luglio 2021, n. 707)	92
D. BOTTEGA, <i>Illegittima erogazione dei bonus Covid e protezione dati personali. Il sindacato del Garante sulle modalità di organizzazione della verifica della spettanza</i>	110
M. BROCCA, <i>Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa</i> (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)	125
M. BROCCA, <i>La vis expansiva della sanatoria edilizia e il limite delle aree naturali protette</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 6 luglio 2021, n. 5152)	143
S. CAGGEGI, <i>L’estinzione del processo non estingue l’azione. Rinuncia agli atti e rinuncia all’azione nel processo amministrativo</i> (nota a TAR Lazio – Sez. Terza Ter sentenza del 04.11.2020 n. 11408)	154

S. CAGGEGI, <i>Premesse alla lettura della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza, 20 ottobre 2021 n. 7045 sull'obbligo vaccinale</i>	161
M. CALABRÒ, <i>Energia, ambiente e semplificazione amministrativa</i> (nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 24 novembre 2020, n. 12464)	169
M. CALABRÒ, <i>La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili</i> (nota a Corte Giust. UE, Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18)	187
G. CAPRA, <i>La lesione dell'affidamento i dubbi sulla giurisdizione e sulla tutela del privato</i> (nota a margine dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 3701 del 2021)	205
G. CAPRA, <i>Sull'obbligo di rinvio pregiudiziale</i> (nota a CGUE, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA in C-561/19)	222
V. CARACCILO LA GROTTIERA, <i>Interpretazione dell'atto amministrativo ed eccesso di potere</i>	224
P. CARPENTIERI, <i>Paesaggio, ambiente e transizione ecologica</i>	231
S. CASILLI, <i>Legittimazione, accertamento e risarcimento- il punto sulla capacita' delle associazioni esponenziali</i> (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 28 maggio 2021 n. 4116)	255
A. CAUDURO, <i>Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata e vaccinazione Covid-19</i> (nota a Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)	264
F. CIMBALI, <i>Concorrenza e giurisdizione- il caso R.A.I. Pubblicità</i> (nota a T.A.R. Liguria, sez. II, 9 aprile 2021, n. 307)	269
A. CIOFFI, <i>Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione</i> (nota a Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802)	284
A. CIOFFI, <i>Whatsapp e l'ordinamento militare tra interesse pubblico e privato</i> (nota a TAR Emilia-Romagna, sez. I, 18 febbraio 2021 n. 124)	291

A. COIANTE e S. TRANQUILLI, <i>Semplificare per resistere. Il d.l. “Semplificazioni-Governance” n. 77/2021 e i contratti pubblici</i>	294
E. CONCILIO, <i>Atti giudiziari e tutela dei dati personali</i> (nota a TAR Lazio, Sez. III, 1° febbraio 2021, n. 579)	320
E. CONCILIO, <i>La tutela risarcitoria negata- quando la colpa lievissima supera l’errata motivazione</i> (nota a Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia Sezione Giurisdizionale, 7 aprile 2021, n. 295)	328
A. CRISMANI, <i>La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d’ufficio</i> (note su Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442)	342
F. D’ANGELO, <i>La proposta di regolamento sui «servizi digitali» dell’Unione europea- profili procedurali</i> (brevi note)	352
R. DAGOSTINO, <i>Efficacia dell’annullamento ex tunc, ex nunc o a die crastino?</i>	357
R. DAGOSTINO, <i>Principi e regole dell’istruttoria in appello e intellegibilità della decisione giudiziaria. A proposito di una sentenza “oscurata”</i> (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021 n. 5560)	379
R. DE NICTOLIS, <i>Tra (dis)proporzionalità e (in)efficienza, un nuovo giudizio immediato (art. 72-bis c.p.a.) per la giustizia amministrativa</i>	395
M. G. DELLA SCALA, <i>Giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie risarcitorie per danno da omessa vigilanza sanitaria su dispositivi medici</i> (nota a Tar Lazio, Sez. III, 13.1.2021 n. 485)	408
G. DELLE CAVE, <i>Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.- un connubio (im)possibile? competenze procedurali e portata applicativa dell’art. 17 bis l. n. 241/1990</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)	421
G. DELLE CAVE, <i>La Valutazione Ambientale Strategica- ratio, caratteristiche e peculiarità</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152)	441
R. DIPACE, <i>All’Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative</i>	459

C. FILICETTI, <i>Sui limiti e poteri del giudice dell'ottemperanza in ordine al giudicato civile di condanna</i> (nota a Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana, 28 giugno 2021, n. 623)	464
M. FILIPPI, <i>Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza</i>	473
M. FILIPPI, <i>Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza</i>	487
F. FRANCIARIO e G. MONTEDORO, <i>Intervista</i>	501
S. FRANCIARIO, <i>Spedizioni internazionali rifiuti pericolosi- poteri sovrani dello Stato di importazione e discrezionalità politica dello Stato di esportazione</i> (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 26 07 2021 n. 554)	516
F. FRANCIARIO, <i>Disposizioni "urgenti" in materia di protezione dei dati personali. Brevi note sul trattamento dati per finalità di pubblico interesse</i>	530
F. FRANCIARIO, <i>Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità</i>	539
F. FRANCIARIO, <i>Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa - la trappola della tutela risarcitoria</i>	553
F. FRANCIARIO, <i>Protezione dati personali e Pubblica Amministrazione</i>	567
R. FUSCO, <i>Autotutela sugli atti del commissario ad acta nel giudizio avverso il silenzio</i> (nota a Cons Stato, Sez. IV, 18 03 2021, n. 2335)	596
R. FUSCO, <i>Il diritto al risarcimento del militare per i danni subiti a causa dell'esposizione all'uranio impoverito</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 novembre 2020, n. 7560)	608
C. E. GALLO, <i>Attualità del giudice amministrativo</i>	616
C. E. GALLO, <i>La riemissione del provvedimento amministrativo</i>	627
F. GAMBARDELLA, <i>Giudizio cautelare e principio di sinteticità degli atti processuali</i> (nota a CGARS ord. 36/2021 e decr. 31/2021)	635

F. GAMBARDELLA, <i>Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)	644
S. GARDINI, <i>Accertamento dell'illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori e condanna alle spese in caso di cessata materia del contendere</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6824)	656
S. GARDINI, <i>Imparzialità e ragionevolezza delle leggi-provvedimento. Il caso del Teatro Eliseo</i> (nota a Cons. di Stato, sez. IV, ord. 21 dicembre 2020, n. 8191)	666
I. GENUESSI, <i>La risarcibilità del danno da perdita di chance</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268)	675
I. GENUESSI, <i>Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico-tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti</i>	694
M. GOLA, <i>Pandemia, Stato e Regioni- quando la 'materia' non basta</i> (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021)	715
G. GRECO, <i>Concessioni affidate alle società in house- una contradictio in adjecto</i>	731
G. IACOVONE e A. IACOPINO, <i>Precauzione e prevenzione- nel dedalo delle competenze comunali, regionali e statali si attenua la tutela dei (diritti fondamentali dei) cittadini</i>	739
G. IACOVONE, <i>Paesaggio e ricerca scientifica</i> (nota a TAR Lazio - Roma, sez. II quater, n. 1080/2021)	758
L. M. LA ROCCA, <i>Prime osservazioni al Decreto "Semplificazioni bis"</i>	768
E. LAMARQUE, <i>Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale</i> (nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)	780
T. LINARDI, <i>Il concordato "in bianco" e le cause di esclusione nell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, ord. 8 gennaio 2021 n. 309)	789
G. MANNUCCI, <i>Responsabilità (contrattuale) della pubblica amministrazione e tutela del terzo (a proposito di CGARS 15 dicembre 2020 n. 1136)</i>	808

A. MANZIONE, <i>Il tempo e la responsabilità della P.A. nella visione del legislatore all'epoca della pandemia</i>	817
G. MARI, <i>Provvedimenti cautelari del giudice ordinario e giudizio di ottemperanza (in materia di pubblico impiego privatizzato)</i> (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2021, n. 1463)	830
B. A. MASSO, <i>The limits to the freedom of economic initiative in EU- between (absence of) commercial planning and protection of historic Town centers</i>	844
M. MAZZAMUTO, <i>L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo</i> (nota a Cons. st., sez. II, n. 8546/2020)?	852
M. MAZZAMUTO, <i>L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo</i> (nota a Cons. st. sez. II n. 8546_2020)	872
A. MIRABILE, <i>Il termine dei motivi aggiunti in materia di contratti pubblici e l'incertezza della Corte Costituzionale</i>	892
S. MONZANI, <i>I limiti della giurisdizione amministrativa sui rapporti di concessione</i> (nota a CGARS 16 ottobre 2020, n. 935 e Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100)	908
S. MONZANI, <i>Il caso Diasorin parte seconda. Le "collaborazioni" tra strutture pubbliche ed operatori privati nel campo biomedico</i> (nota a Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2020, n. 8126)	924
C. NAPOLITANO, <i>Legittimo affidamento e risarcimento del danno- la Plenaria si pronuncia</i> (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20)	930
C. NAPOLITANO, <i>Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato</i> (nota a Cons. Stato, II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013)	948
C. NAPOLITANO, <i>Scuola, regioni e COVID-19. Sviluppi giurisprudenziali</i>	965
A. G. OROFINO e A. PANZAROLA, <i>Sulla tutela cautelare monocratica richiesta con «flaggatura»</i> (note critiche a T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, decr. 31 dicembre 2020, n. 503)	975
P. OTRANTO, <i>Gli incarichi legali della p.A. e le "mobili frontiere" dell'equo compenso</i>	982

R. PAPPALARDO, <i>La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione</i> (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)	994
I. PIAZZA, <i>Strumentalità dell'accesso difensivo e sindacato giurisdizionale- osservazioni alla luce della normativa sulla trasparenza</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 31 dicembre 2020, n. 8543)	1015
P. L. PORTALURI, <i>Amara Sicilia e bella. Iudicis ad memoriam Livatini</i>	1023
G. PRIMERANO, <i>Consumo di suolo e divieto di edificazione in area agricola</i> (nota a Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 12 marzo 2021, n. 240)	1033
G. PRIMERANO, <i>L'actio iudicati nel "nuovo" processo amministrativo</i> (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 2020, n. 24)	1041
M. RAGUSA, <i>Forme di tutela dell'interesse alla (tempestiva) conclusione del procedimento</i> (nota a Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 20 aprile 2021, n. 4597)	1048
M. RAGUSA, <i>Sulla rilevanza dei piani regolatori dei porti</i> (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2020 n. 8356)	1063
M. RICCIARDO CALDERARO, <i>Note di udienza e tutela dell'integrità del contraddittorio nella disciplina emergenziale del processo amministrativo</i> (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 2021, n. 5404)	1072
M. RICCIARDO CALDERARO, <i>Recenti sviluppi in tema di intervento e di opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo</i> (nota a CGARS, 13 gennaio 2021, n. 27)	1086
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Interdittiva antimafia e controllo giudiziario</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319)	1112
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Il vaccino contro l'infezione mafiosa. Note in tema di interdittiva antimafia</i> (nota a Consiglio di Stato, sez. I, parere 18 giugno 2021, n. 1060)	1118
R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Interdittiva antimafia e giudicato penale</i> (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049)	1124

R. ROLLI e M. MAGGIOLINI, <i>Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale</i> (nota a ord.za TAR - Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732)	1133
M. A. SANDULLI, <i>Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa"</i>	1140
M. A. SANDULLI, <i>Basta norme - trappola sui rapporti tra privati e P.A o il Recovery è inutile</i>	1155
M. A. SANDULLI, <i>Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza</i>	1160
M. A. SANDULLI, <i>Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa" in malam partem</i> (nota a Corte cost. 14 maggio 2021 n. 98)	1167
A. SCOGNAMIGLIO, <i>I termini del procedimento (sanzionatorio) presi sul serio</i> (nota a Cons Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584)	1173
A. SCOGNAMIGLIO, <i>Silenziò della P.A e regime giuridico del provvedimento sopravvenuto alla nomina del commissario ad acta</i>	1182
A. SCOGNAMIGLIO, <i>Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenziò della P.A.</i> (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8)	1192
G. SEVERINI e P. CARPENTIERI, <i>Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione</i>	1202
M. SINISI, <i>L'accesso defensionale a materiali e contenuti informativi in possesso della RAI (il caso Report).</i> (nota a TAR Lazio, Sez. III, 18 giugno 2021, n. 7333)	1208
V. SORDI, <i>Il processo amministrativo "emergenziale" alla prova della giurisprudenza amministrativa</i>	1223
V. SORDI, <i>La concessione della Certosa di Trisulti al Dignitatis Humanae Institute. Autotutela e "anestetizzazione" del termine per provvedere</i> (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207)	1231
M. R. SPASIANO, <i>Nomina dei componenti togati del Comitato Direttivo della Scuola superiore della magistratura – è l'auto-vincolo a imporre il procedimento selettivo a carattere comparativo</i>	1237

A. SQUAZZONI, <i>Affidamento in house e motivazione del mancato ricorso al mercato</i> (nota a Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102)	1244
A. SQUAZZONI, <i>La disciplina "civilizzata" della rinnovazione della notificazione nulla del ricorso nel processo amministrativo</i> (nota a Corte cost. 9 luglio 2021, n. 148)	1252
G. STRAZZA, <i>Sull'uso off-label dell'idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19</i> (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, ord.za 11 dicembre 2020, n. 7097)	1261
E. TEDESCHI, <i>Legittimazione ad agire dell'ANAC e giurisdizione amministrativa</i> (nota a T.A.R.Campania, Salerno Sez. I, 2.1.2021 n. 1) 1279	
G. TOSCANO, <i>Il lavoro agile nelle rinnovate logiche del sistema produttivo</i>	1291
M. TRIMARCHI, <i>Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria</i> (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)	1307
G. TROPEA, <i>Giurisdizione e acquisizione sanante- l'ennesima sciarada</i> (nota a Cass., sez. I, ord. n. 29625/20)	1327
F. VOLPE, <i>E prima? (spigolature accademiche)</i>	1336
F. VOLPE, <i>Il processo amministrativo dopo l'estate del 2021</i>	1341
E. ZAMPETTI, <i>La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021</i>	1351
E. ZAMPETTI, <i>Le conclusioni dell'Avvocato Generale sulle questioni pregiudiziali poste dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 19598 del 2020</i>	1369
E. ZAMPETTI, <i>Postilla a Il controverso requisito della permanenza in servizio del consigliere C.S.M. la decisione spetta al giudice ordinario</i> (nota a Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2021 n. 215)	1374
F. CIMBALI, <i>Pubblico e privato nella gestione dell'emergenza pandemica</i> (nota a TAR Lazio, sez. III, 26 ottobre 2020, n. 10933)	1380

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1579 - 25 febbraio 2021

Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130).

di Marco Brocca

Sommario: 1. La vicenda. 2. La soluzione del giudice. 3. Spunti di riflessione. La fisionomia del preavviso di diniego e le novità normative. 4. Le potenzialità dell'istituto.

1. La vicenda

Il ricorrente, in qualità di imprenditore agricolo, presentava domanda di concessione di un contributo nell'ambito di un bando regionale dedicato al sostegno delle aziende agricole. A seguito di dichiarazione di inammissibilità della domanda, l'imprenditore agricolo presentava controdeduzioni/osservazioni ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge 241/1990, con le quali esponeva le ragioni ritenute prevalenti per la revisione del giudizio dell'amministrazione nel senso dell'accogliibilità della domanda, allegando correlata documentazione a sostegno delle proprie tesi.

La commissione dava atto, con un apposito verbale di riesame, di aver analizzato le controdeduzioni e l'allegata documentazione e di aver concluso il giudizio di revisione nel senso di confermare la conclusione dell'istruttoria in termini di "domanda non ammissibile", esito confluito nella graduatoria definitiva, che è stata impugnata dal ricorrente dinanzi al giudice amministrativo.

Le censure sollevate da parte ricorrente sono molteplici, ma il Tar si concentra sulla prima, relativa alla violazione dell'art. 10-*bis* legge 241/1990, giudicata dirimente e assorbente le ulteriori contestazioni dedotte, con l'effetto di ritenere sussistenti i presupposti per la definizione immediata del ricorso nel merito e di decidere con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

2. La soluzione del giudice

Per dirimere la questione il giudice si sofferma sull'asserita violazione dell'art. 10-*bis* della legge 241/1990, disposizione che, come noto, disciplina l'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda.

Il ricorso è accolto perché – a detta del giudice – il provvedimento impugnato è sprovvisto di quella parte motivazionale necessaria in presenza di osservazioni presentate ex art. 10-*bis*. Riscontrano i giudici “la assoluta genericità, carenza di motivazione, illogicità, sommarietà ed indeterminatezza dell'impugnato verbale nel quale sono state usate delle mere formule di stile che configurano una motivazione apparente [...], l'amministrazione resistente nel procedimento di riesame si è limitata a confermare quanto precedentemente valutato, non dando puntuale ragione, nel provvedimento finale, del mancato accoglimento delle osservazioni presentate, in altri termini, omettendo ogni motivazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, la propria decisione, con connessa lesione delle finalità e garanzie partecipative. Tale valutazione è mancata anche nella istruttoria preordinata alla emanazione del provvedimento finale e segnatamente nel verbale di riesame [...].”

Il Tar, nell'accogliere il ricorso, si sofferma sulla portata della norma e sulle finalità e garanzie dell'istituto del cd. preavviso di diniego. Esso è collocato anzitutto nelle sue coordinate essenziali: si tratta di un supplemento procedimentale la cui attivazione è indefettibile e infungibile per l'amministrazione procedente (almeno nei procedimenti ad istanza di parte e secondo l'ambito delimitato dalla norma) e, al contempo, costituisce una “opportunità” per il privato, il quale può anche non avvalersene e quindi attendere il provvedimento finale. Alla facoltà del privato corrisponde un obbligo per l'amministrazione, quello di prendere in considerazione il materiale ricevuto e di darne conto nella motivazione del provvedimento finale. Con l'ulteriore avvertenza che il preavviso di diniego, quale che sia la reazione del privato, cristallizza l'apparato delle ragioni ritenute dall'amministrazione ostative all'accoglimento dell'istanza, nel senso che il provvedimento finale dovrà reggersi soltanto sulle ragioni già esternate in sede di comunicazione ex art. 10-*bis*, in una sorta di auto-vincolo e di limitazione dello *jus variandi*. In altre parole, si tratta di un momento di interlocuzione tra p.a. e cittadino ulteriore e successivo a quello della fase istruttoria connotata dalle forme tipiche della partecipazione; non soltanto una seconda *chance* per il privato di addivenire all'accoglimento dell'istanza, ma un momento di confronto, più pregnante e potenzialmente più utile perché si colloca in uno stadio più avanzato del processo di ‘costruzione’ della decisione amministrativa, quando la determinazione amministrativa è ormai ‘matura’ e quindi le parti possono interagire non più ai fini della raccolta del materiale istruttorio, ma ormai rispetto al contenuto dispositivo della decisione amministrativa da adottare. Un istituto che implica un'utilità reciproca per le parti in causa: per il privato, che, come detto, può saggiare in sede procedimentale un ultimo tentativo per convincere l'amministrazione all'accoglimento della propria istanza (ovvero, da altra angolatura, il privato può comprendere e assimilare le ragioni della non accoglibilità della propria domanda

con la conseguenza di desistere da reazioni impugnatorie e questo genera un evidente effetto deflattivo del contenzioso); per l'amministrazione che può svolgere al meglio la propria 'missione' di adozione di decisioni le più ponderate e meditate possibili, anche sul piano della condivisibilità del destinatario.

Lo sforzo di comprensione e consapevolezza della portata dell'istituto emerge nella sentenza e accompagna come un *fil rouge* ogni passaggio e presa di posizione del giudice, non soltanto per affrontare e risolvere il caso di specie, ma anche per esaminare i tanti dubbi interpretativi che la norma di riferimento ha suscitato nella pratica e ha indotto la giurisprudenza a formulare orientamenti non sempre univoci. In questa direzione si pongono le seguenti affermazioni del Tar:

1) la confutazione delle osservazioni presentate dal privato in risposta alla comunicazione dei motivi ostativi adottati dall'amministrazione ex art. 10-*bis* legge 241/1990 deve risultare nella motivazione del provvedimento finale, nel senso che nella parte motivazionale che corredata l'atto una 'quota' deve essere specificamente dedicata all'esternazione delle ragioni per cui non sono condivisibili le osservazioni presentate dal privato; peraltro, questa motivazione non deve essere puntuale e analitica, essendo sufficiente una motivazione che complessivamente e logicamente chiarisca le ragioni del mancato adeguamento dell'azione amministrativa alle deduzioni difensive del privato^[1];

2) la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza determina una limitazione dello *jus variandi*, nel senso che l'amministrazione non potrà, in sede di emanazione del provvedimento finale, addurre nuove ragioni rispetto a quelle già prospettate con il preavviso di diniego^[2];

3) non può invocarsi la cd. sanatoria processuale di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, legge 241/1990 e ciò vale sia per l'ipotesi, più lampante, di omesso avviso dei motivi ostativi sia per il caso di omessa considerazione, in sede di emanazione del provvedimento finale, delle controdeduzioni presentate dal privato. Questa impossibilità si spiega in ragione della diversità ontologica tra la garanzia preliminare di cui all'art. 7 legge 241/1990 e quella sostanziale ex art. 10-*bis*^[3]. La comunicazione ex art. 7 e quella ex art. 10-*bis* condividono la dimensione garantistica e partecipativa, peraltro la garanzia dell'art. 10-*bis* – evidenziano i giudici – «svolge un ruolo diverso, e consente alla parte di intervenire a sostenere le proprie ragioni, nella fase predecisoria, contestando l'apparato motivazionale predisposto dall'amministrazione all'esito del procedimento. La partecipazione alla fase decisoria e predecisoria assume una valenza rispetto al formarsi della decisione amministrativa che ha valore ulteriore e diversa da quella che assume la partecipazione alla fase istruttoria, sicché la mancata previsione del vizio di violazione dell'art. 10-*bis* tra quelli suscettibili di sanatoria ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo non può essere ascritta ad una lacuna, ma ad una scelta legislativa, non emendabile dall'interprete». Si tratta, infatti, di fase procedimentale avanzata, in cui «le osservazioni del privato potrebbero condurre ad un esito provvedimento diverso da quello preannunciato, e la loro attenta valutazione trasfusa nella motivazione costituisce estrinsecazione di garanzia sostanziale, sì che non può dedursi un superamento in sede giudiziale di quanto non espresso in sede amministrativa»; ecco perché «le osservazioni del privato introdotte nella sede procedimentale esigono una specifica controdeduzione, proprio nella appropriata sede amministrativa (che potrebbe essere anche l'unica, senz'altro per i motivi di merito)», nella consapevolezza che «il procedimento amministrativo è la naturale sede in cui il contrasto tra PA e cittadino deve emergere ed essere

affrontato, mentre il ricorso al giudice amministrativo rappresenta il rimedio esperibile quando gli strumenti del procedimento non hanno consentito di comporre il dissidio e permesso al privato di conseguire il bene della vita cui aspira. Pertanto, trasportare in sede giurisdizionale quanto doveva essere oggetto di adeguata e piena verifica amministrativa non risponde al principio del giusto procedimento, come definito anche in sede sovranazionale. Vien in rilievo al riguardo l'articolo 6 della CEDU [...] che pone le garanzie del giusto processo e ancor prima del giusto procedimento».

3. Spunti di riflessione. La fisionomia del preavviso di diniego e le novità normative

A quindici anni dalla sua introduzione^[4], il preavviso di diniego sembra ancora alla ricerca della propria identità, fermo su un crinale incerto quanto ad applicazione e, ancora prima, concezione. Alla consapevolezza dell'effetto utile dell'istituto, per la capacità di contribuire in modo essenziale alla costruzione della decisione amministrativa in virtù del contraddittorio tra p.a. e cittadino innescato in una fase molto avanzata del procedimento, si contrappone l'idea che si tratta di uno strumento poco incisivo rispetto al processo unilaterale di determinazione della volontà dell'amministrazione, che si traduce per questo in un (ulteriore) adempimento formale e, dal punto di vista del privato, in un'arma processuale in caso di violazione della relativa disciplina. I piani sono separati, ma collegati, perché è di tutta evidenza che una piena e convinta applicazione dell'istituto e dei sottesi canoni della correttezza e collaborazione tra le parti possa neutralizzare la sua alterazione in adempimento inutile e sterile, anzi disfunzionale nell'economia del procedimento e comodo appiglio processuale per il privato. Si aggiunga che la dimensione garantistica dell'istituto rileva su un duplice piano, quello del privato, in termini di rafforzamento del confronto dialettico con l'autorità procedente, e quello dell'amministrazione che può giovare del contraddittorio predecisorio ai fini dell'adozione della più corretta decisione amministrativa.

Di questa prospettiva vi è contezza nella decisione in commento, in cui si evidenzia il binomio degli obiettivi di «effettività della partecipazione del privato» e di «emanazione di un provvedimento il più possibile completo», ovvero, in altre parole, di «trasparenza» e di «dialogo» tra amministrazione e amministrato.

I giudici trovano conferma della visione 'rafforzata' dell'istituto nel dato normativo più recente, pur nella consapevolezza dell'inapplicabilità *ratione temporis* al caso di specie.

Il riferimento è al cd. decreto semplificazioni (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120), il cui art. 12 ha modificato l'art. 10-*bis* legge 241/1990. I profili emendati che appaiono qui di interesse sono tre: 1) la portata della motivazione del provvedimento finale rispetto alle osservazioni presentate dal privato; 2) i margini di valutazione dell'amministrazione in caso di riedizione del potere a seguito di annullamento giudiziale; 3) i limiti di applicazione della sanatoria processuale ex art. 21-*octies* legge 241/1990. La direzione seguita dal legislatore è, come si vedrà, evidente: quella di potenziare l'istituto nella sua portata condizionante la successiva attività decisionale. Come si vedrà, emerge una fisionomia dell'istituto rafforzata in termini di vincolo conformativo e preclusivo non soltanto rispetto al provvedimento finale, ma addirittura in caso di riedizione del potere conseguente ad annullamento giurisdizionale; il rilievo della specificità dell'istituto comporta il corollario dell'impossibilità di parificazione con altri istituti, come la comunicazione di avvio del procedimento, e dunque la non riconducibilità della violazione dell'art. 10-*bis* tra i vizi non invalidanti il provvedimento amministrativo (discrezionale).

La norma riformata dispone che, in presenza di osservazioni presentate dal privato *ex art. 10-bis*, il responsabile del procedimento o l'autorità competente «sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego», statuizione che evidentemente ribadisce e rafforza la doverosità della valutazione da parte della p.a. dell'apporto dei privati e del riscontro nella motivazione del provvedimento, con l'avvertenza, aggiunta dalla riforma, che in sede motivazionale l'autorità può intervenire «indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni». Dunque, la norma interviene sull'obbligo di motivazione provvedimento nella direzione di perimetrarne il contenuto^[5]: con la motivazione l'amministrazione, da un lato, deve prendere puntuale posizione rispetto alle osservazioni avanzate dai privati, dall'altro non può discostarsi dai motivi ostativi esternati con la comunicazione *ex art. 10-bis*, potendo soltanto aggiungere ragioni ostative che valgono come risposta alle osservazioni del privato. In altre parole, la comunicazione dei motivi ostativi determina una cristallizzazione del materiale su cui si fonderà la decisione, con l'effetto di un rafforzamento della fase istruttoria e di quella predecisoria e la rappresentazione che emerge del preavviso di diniego è di un adempimento che “va preso sul serio”, perché segna “un punto di non ritorno” nella costruzione della decisione amministrativa. Il nuovo dato normativo sembra disattendere l'orientamento della giurisprudenza più lassista e sostanziale, che legittima la p.a. a svolgere, in sede di adozione del provvedimento e di suo compendio motivazionale, una valutazione complessiva delle osservazioni del privato e a precisare ulteriormente le proprie posizioni giuridiche, con il limite della riconducibilità di queste ulteriori argomentazioni nello «schema» delineato dalla comunicazione *ex art. 10-bis*^[6].

Non solo. Nel nuovo dettato normativo emerge che l'effetto preclusivo del preavviso di diniego si prolunga e si riverbera anche sull'attività amministrativa ulteriore ad una pronuncia giurisdizionale di annullamento. La disposizione recita che «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

In altre parole, la fisionomia rafforzata del preavviso di diniego come linea di confine infraprocedimentale che plasticamente chiude l'attività istruttoria e si riversa sul corredo motivazionale del provvedimento amministrativo, si applica anche in caso di riesercizio del potere doveroso a seguito di annullamento del giudice. In questo caso alla portata conformativa tipica della sentenza di annullamento (variabile, come noto, in base alla tipologia delle censure accolte) si aggiunge una sorta di effetto preclusivo *ex lege*, che impedisce all'amministrazione di porre a fondamento della decisione, in sede di rinnovazione del potere innescato dalla sentenza caducatoria, motivi già emergenti dall'istruttoria e non esternati in sede provvedimento.

La valorizzazione legislativa dell'istituto, dunque, investe sia l'ambito procedimentale sia quello post-processuale, con l'aggiunta che quest'ultimo si salda anche con l'ambito processuale, rispetto al quale l'istituto è ulteriormente rinforzato. Il riferimento è al riformato art. 21-*octies*, che esclude espressamente l'applicabilità della sanatoria processuale di cui al secondo comma, secondo periodo (quella riferita all'omessa comunicazione di avvio del procedimento), al provvedimento illegittimo per violazione dell'art. 10-*bis*. La norma disattende categoricamente quell'orientamento giurisprudenziale che opera un parallelismo tra gli istituti di cui all'art. 7 e art. 10-*bis* in nome di una presunta identità funzionale ed estende la sanatoria processuale relativa alla mancanza di comunicazione di avvio del

procedimento all'ipotesi del preavviso di diniego. All'esito della riforma la violazione dell'art. 10-*bis* costituisce sempre un vizio di legittimità dell'atto amministrativo discrezionale, potendo rilevare come vizio non caducante solo in relazione ad attività vincolata (ipotesi di cui al secondo comma, primo periodo dell'art. 21-*octies*), in evidente differenziazione rispetto al vizio relativo all'avviso di avvio del procedimento per il quale si applicano entrambe le ipotesi di sanatoria dell'art. 21-*octies*.

La saldatura tra ambito processuale e ambito post-processuale si spiega perché, in assenza della previsione che delimita i motivi ostativi in caso di riedizione del potere e in presenza della disposizione che rende impossibile la sanatoria processuale per l'attività amministrativa di tipo discrezionale inficiata dalla violazione dell'art. 10-*bis*, si potrebbe verificare quello scenario paventato e stigmatizzato dalla giurisprudenza di una «defatigante alternanza tra procedimento e processo»^[7]: ossia di una riespansione piena del potere di valutazione (discrezionale) dell'amministrazione che potrebbe fondare la determinazione di diniego su elementi già noti ma non esternati, con l'effetto di prestarsi a ulteriore contenzioso.

La previsione che inibisce all'amministrazione di invocare, in sede di riedizione del potere, motivi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato non arriva ad azzerare l'ambito valutativo dell'amministrazione ovvero a predefinire l'esito (non potrebbe farlo), ma certamente circoscrive lo spettro entro il quale l'amministrazione dovrà rivalutare la vicenda. In altre parole, l'efficacia oggettiva del giudicato amministrativo non esclude in assoluto la possibilità di riedizione del potere sfavorevole per il privato, ma comporta una perimetrazione dell'ambito motivazionale dell'amministrazione. L'effetto della norma è di contribuire a quella «riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa»^[8] a seguito di passaggio processuale, che la giurisprudenza più recente postula in un'accezione forte come risvolto del carattere conformativo della sentenza e suffraga sulla base di una interpretazione articolata ed evolutiva del codice del processo amministrativo, da cui ricava un modello di giurisdizione piena ed effettiva, in cui la garanzia della legalità dell'azione amministrativa si salda con la tutela sostanziale delle pretese del privato. Il riferimento non è solo ai principi di giustiziabilità delle pretese e di effettività della tutela, che hanno copertura costituzionale (artt. 24, 103 e 113 Cost.) e sovranazionale (artt. 6 e 13 CEDU), cui si uniforma il codice (art. 1), bensì ai nuovi strumenti di cognizione «ad esecuzione integrata» (art. 34 c.p.a.) ovvero al contenuto della domanda, che richiama l'aspettativa del privato di conseguire il bene della vita (art. 31, comma 3, art. 34, comma 5, art. 40 c.p.a.). Questa giurisprudenza si ricollega con quella che, ispirandosi ai medesimi principi e muovendo dalla consapevole accettazione della permanenza di spazi non coperti dalla sentenza, ritiene doveroso che l'amministrazione, in sede di riesame della vicenda controversa, sia particolarmente rigorosa nella verifica di tutti i profili rilevanti, dunque non soltanto di quelli investiti dalla sentenza, dovendo esaminare l'affare nella sua interezza e sollevando tutte le questioni che ritenga di interesse una volta per tutte e senza la possibilità di tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati (principio del cd. *one shot temperato*)^[9].

Mutuando da autorevole dottrina, il preavviso di diniego pare configurato dalla novella legislativa come un «onere di preclusione procedimentale»^[10], in una duplice accezione: nel procedimento amministrativo originato da un'istanza privata, quale spartiacque tra la fase istruttoria e quella decisoria, il preavviso di diniego cristallizza i motivi (ostativi) tra i quali l'autorità decidente può attingere per fondare il provvedimento di diniego, essendole precluse ulteriori ragioni; nel procedimento amministrativo doveroso conseguente a sentenza caducatoria, il preavviso di diniego diviene il primo atto (endoprocedimentale) refrattario al

recepimento di motivi già emergenti nella precedente istruttoria e non esternati nel provvedimento annullato.

La novella legislativa, pure evidentemente proiettata nella direzione di consolidare l'istituto, presenta delle zone d'ombra in quanto lascia insolte alcune questioni del precedente regime ovvero suscita nuovi punti problematici.

La regola della simmetria dei motivi ostativi condensati nel preavviso con quelli esternati nel provvedimento, con la sola eventualità di addurre motivi ulteriori purchè in funzione di replica delle osservazioni vale, appunto, «qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni» e questo si spiega in nome del rafforzamento dell'effettività della partecipazione che il legislatore ha voluto perseguire. Ma in assenza di osservazioni, quale intensità deve avere la corrispondenza tra il preavviso di diniego e il provvedimento? L'idea di una possibile riespansione della motivazione in sede provvedimentale può fondarsi sul dato letterale della norma che correla appunto il parallelismo motivazionale al caso di presentazione delle osservazioni e può spiegarsi come corollario della mancata partecipazione del privato; purtroppo, l'ipotesi di mancata presentazione delle osservazioni può anche significare accettazione delle ragioni ostative e acquiescenza del privato, con l'effetto che il destinatario del provvedimento non può ritrovare nel provvedimento finale motivi ulteriori a quelli già rinvenuti nel preavviso. L'esito del ragionamento è ribaltato rispetto alla prima tesi, perché l'eventuale allargamento del corredo motivazionale può aversi soltanto in presenza di osservazioni avanzate dal privato e si giustifica nell'esclusiva accezione di «conseguenza delle osservazioni», come recita la norma.

Ulteriore questione riguarda l'ambito applicativo del limite allo *jus variandi* in sede di riesercizio del potere ovvero se questa preclusione scatti in presenza di annullamento giurisdizionale per accertata violazione della disciplina dell'art. 10-*bis* oppure si estenda ad ogni provvedimento preceduto da preavviso di diniego e annullato per qualsivoglia vizio di legittimità. La lettera della norma non pare risolutiva («In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato»), sebbene una lettura più coerente e stretta all'oggetto della disposizione induca alla prima opzione; peraltro l'interpretazione estensiva asseconda il rafforzamento dell'istituto sotteso alla *ratio* della riforma e determinerebbe un'innovazione di notevole impatto, per la sua portata generale, come è stato evidenziato dalla prima dottrina che ha esaminato la questione^[11].

Anche a voler aderire all'accezione estensiva, si ritiene che la portata innovativa della norma sia da calibrare, comunque, con peculiari situazioni: si pensi al caso di annullamento del provvedimento per motivi attinenti alla fase istruttoria (difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, ecc.) che comporta la rinnovazione di questa fase, con il quesito conseguente dell'applicabilità o meno del limite dei motivi ostativi già noti secondo l'art. 10-*bis*: alla tesi che ritiene inapplicabile l'art. 10-*bis* perché la rinnovata istruttoria supera e azzerava quella precedente colpita dal *decisum* giudiziale, può contrapporsi altra tesi che ritiene persistente il limite di cui all'art. 10-*bis* con la precisazione che in sede di riesercizio del potere l'amministrazione dovrà discernere nello spettro dei motivi risultanti dalla nuova istruttoria da portare a sostegno del provvedimento quelli già emersi dall'istruttoria precedente sebbene inficiata, come tali inutilizzabili, e quelli frutto della nuova istruttoria, invece rilevanti. Altra vicenda riguarda l'emersione di elementi nuovi, sopravvenuti o rilevati successivamente per causa non imputabile all'amministrazione. In quanto non «già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato» essi sono da ritenere esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 10-*bis*,

con l'effetto della loro piena rilevanza in sede di riadozione del provvedimento, ma con l'avvertenza – valida anche per la vicenda dell'istruttoria da rinnovare a seguito di sentenza caducatoria – che i nuovi motivi necessitano di un apposito preavviso di diniego.

Il nuovo tenore dell'art. 21-*octies* ha escluso, come visto, l'applicabilità della sanatoria processuale riferita dalla norma all'omessa comunicazione di avvio del procedimento, alle ipotesi di violazione dell'art. 10-*bis*, sconfessando quell'orientamento giurisprudenziale che invece l'ammetteva sul presupposto di un'identità funzionale tra i due istituti di partecipazione. È da comprendere se e come questo divieto si riverberi su quell'orientamento giurisprudenziale che, in base a una lettura sostanzialistica della partecipazione e in virtù del principio di raggiungimento dello scopo, parifica la comunicazione di avvio del procedimento e il preavviso di diniego, negando ai casi di violazione degli artt. 7 e 10-*bis* la capacità invalidante del provvedimento ogniqualvolta l'interessato abbia *aliunde* ottenuto equipollenti forme di comunicazione e/o sia stato comunque messo nella condizione di interloquire con l'amministrazione^[12].

4. Le potenzialità dell'istituto

Una lettura sistematica delle modifiche alla legge 241/1990 ad opera del decreto semplificazioni offre un ulteriore elemento di riflessione. Il riferimento è all'art. 12, comma 1, lett. a) del decreto-legge n. 76/2020 conv. in legge 120/2020, che ha aggiunto all'art. 1 della legge 241/1990 il comma 2-*bis*, secondo cui «*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*». In questo modo i principi di collaborazione e buona fede, configurati dalla giurisprudenza quali corollari del principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e applicati per specifiche questioni relative anzitutto all'attività negoziale della p.a., quindi estesi all'attività procedimentalizzata, e codificati dal legislatore dapprima per specifici settori (si pensi alla disciplina dei rapporti tra amministrazione finanziaria e cittadini-contribuenti, in cui i suddetti principi sono espressamente enunciati nello statuto dei diritti del contribuente), sono stati assurti al rango di «*principi generali dell'attività amministrativa*».

Questi principi forniscono una determinante chiave di lettura degli istituti di partecipazione, di cui esaltano l'aspetto dialogico e l'aspirazione a un approccio di tipo costruttivo e non conflittuale tra le parti del procedimento. Questo è particolarmente evidente in relazione al preavviso di diniego, perché, come visto, con esso l'interesse del privato alla partecipazione nel processo decisionale, tradotta nella fase istruttoria in un momento episodico e solitario di presentazione di memorie e documenti che l'amministrazione dovrà valutare, anch'essa in forma separata nel momento terminale del procedimento, si concretizza in uno spazio di dialogo più concreto e avanzato. Il confronto tra le parti non riguarderà genericamente l'istanza del privato (o il progetto dell'amministrazione nei procedimenti officiosi), ma si innescherà allorché l'amministrazione ha maturato il proprio convincimento sulla vicenda ed è pronta a esternarlo. L'aspirazione del privato alla prevedibilità degli esiti dell'azione e al suo apporto costruttivo trovano compimento perché il contraddittorio potrà vertere sulla decisione dell'amministrazione, prefigurata ma non formalizzata e suscettibile ancora di adattamenti e precisazioni. Con il preavviso di diniego la relazione si fa più stringente e dialogica, perché le parti possono confrontarsi reciprocamente sul progetto della decisione in un momento avanzato del procedimento, nel quale i soggetti hanno consapevolezza e convinzione del problema e l'una, l'amministrazione, anticipa la decisione e l'altro, il cittadino, avanza osservazioni/contestazioni. Una comunicazione che si fa

bidirezionale e paritaria^[13] e, seppure non compromette l'autoritatività e l'unilateralità del potere decisorio dell'amministrazione, realizza sostanzialmente un «contraddittorio sulla decisione»^[14].

I principi di collaborazione e buona fede ora codificati esortano, pertanto, le amministrazioni a maggior rigore e scrupolo nell'applicazione dell'art. 10-*bis* e, ancor prima, a una maggiore consapevolezza del significato dell'istituto, quello di un essere un *modus procedendi* che assolve la sua funzione solo se consente un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto amministrativo. Lo sforzo è riposto principalmente sul versante dell'autorità, la quale è chiamata a un atteggiamento di apertura piena ai possibili esiti del procedimento, senza preclusioni dettate dal convincimento già maturato e quindi con un'attenzione massima agli apporti del privato. In caso contrario, l'istituto vedrebbe frustrate le proprie finalità e si tradurrebbe in uno sterile adempimento formale e un inutile aggravio procedimentale, un'ulteriore «foglia di fico»^[15] alla realtà dei processi decisionali, più eloquente rispetto alle altre perché interverrebbe in un momento alquanto avanzato del procedimento per “ammantare” decisioni già prese.

Il preavviso di diniego, come noto, apre diversi scenari. L'istante può ribadire la propria posizione, secondo una duplice direzione: omettendo la presentazione di qualsivoglia osservazione, per cui il preavviso di diniego vale come mera anticipazione del provvedimento negativo con l'effetto che il privato ha il vantaggio di conoscere in anticipo la decisione dell'amministrazione per preparare, per tempo, le conseguenti mosse, anzitutto la contestazione processuale; oppure può apportare elementi di valutazione aggiuntivi, anche con l'allegazione di ulteriori documenti, su cui l'amministrazione ha il dovere di pronunciarsi. In quest'ultima accezione l'istituto funge da autentico strumento di contraddittorio “in contestazione” e disvela il senso più intenso della partecipazione, perché il cittadino si inserisce nel processo decisionale non soltanto apportando elementi utili sul piano istruttorio, ma potendo prendere posizione sulla progettata decisione finale, con l'intento di mutarne la direzione, e sulla presupposta condizione che l'amministrazione interlocutrice sia disposta a rivedere la propria opinione e non sia affatto prevenuta e arroccata sulle proprie posizioni. Peraltro, l'utilità del contraddittorio predecisorio si riverbera anche sulla “qualità” del provvedimento finale, perché quest'ultimo sarà frutto di una valutazione dell'amministrazione più completa e meditata.

Il privato può anche convincersi delle ragioni dell'amministrazione e, dunque, persuadersi dell'inaccogliabilità della propria istanza, e questo convincimento può risultare *per silentium* dalla mancata presentazione di osservazioni *ex art. 10-bis*, ma, in ipotesi, può anche essere formalizzato mediante presentazione di osservazione con contenuto di presa d'atto e accettazione dei motivi esternati dall'amministrazione, oppure può risultare implicitamente dal ritiro dell'istanza. In questo caso il preavviso di diniego funge da strumento di conoscenza e di fattore di persuasione o, meglio, di promozione dell'accettazione^[16] e condivisione della scelta amministrativa, con non indifferenti riflessi deflattivi del contenzioso.

Ma è possibile uno scenario “intermedio”. Attraverso le osservazioni conseguenti al preavviso di diniego, il privato può avanzare proposte modificative dell'istanza, affinché questa si renda accoglibile e l'opzione può essere promossa direttamente dal privato, in assenza di indicazioni dell'amministrazione, ovvero in risposta alle soluzioni modificative o alternative proposte dall'amministrazione a corredo dei motivi ostativi dell'istanza.

Il profilo è delicato, perché la disposizione dedicata al preavviso di diniego non offre appigli in questo senso e neanche le modifiche apportate dalla riforma del 2020 all'art. 10-*bis* toccano questo aspetto, sebbene argomentazioni significative possono ricavarsi proprio dai codificati principi all'art. 1, comma 2-*bis* legge 241/1990.

Questo approccio presuppone una logica più complessa rispetto a quella netta del “sì o no”, del “tutto o niente”, dell'approvazione o del rigetto *tout court*, e implica flessibilità e non intransigenza delle posizioni personali, disponibilità a rivedere il progetto iniziale, accettabilità di modifiche o ridimensionamenti delle istanze iniziali. Dal versante dell'amministrazione è richiesto uno spirito di collaborazione procedimentale^[17], e dunque uno sforzo nel senso dell'ascolto attento e dell'esame approfondito delle ragioni del privato, ma anche la ricerca di soluzioni funzionali alla conclusione positiva del procedimento, nell'ottica di accogliere le ragioni del privato senza abdicare alla ragione suprema di cura dell'interesse pubblico.

Seguendo questa strada, il contraddittorio si presterebbe a una funzione peculiare, ulteriore alle accezioni tipiche di integrazione istruttoria e di contestazione predecisoria, che potrebbe dirsi di natura conciliativa o pre-contenziosa in senso lato^[18], e sarebbe tale da sviluppare al massimo grado il significato del contraddittorio nella direzione della costruzione, dialogica e risolutiva, della decisione amministrativa^[19].

Un'eco di questa impostazione è rinvenibile in parte della giurisprudenza, la quale, valorizzando la *ratio* di rafforzamento del confronto procedimentale sottesa al preavviso di diniego, ricava una declinazione di significati che vanno dall'esposizione esaustiva dei rispettivi punti di vista all'apporto di chiarimenti ed esplicazioni sino allo sforzo di «raggiungere e concordare soluzioni alternative che avrebbero potuto condurre il procedimento ad un esito finale diverso»^[20]. In altre parole, questo orientamento vede nel contraddittorio innescato dal preavviso di diniego la sede utile per le parti non soltanto per esporre i rispettivi punti di vista e per chiarire le rispettive ragioni, ma anche per avanzare e discutere opzioni modificative o alternative alla pretesa iniziale, sulla base della convinzione che questo momento di confronto, per il valore aggiunto che ricava dalla collocazione nel procedimento, sia infungibile rispetto alla fase istruttoria né sia riproducibile nella sede giudiziale.

Questa opzione apre non poche questioni procedurali relative, ad esempio, al ruolo e all'ordine di intervento delle parti, ossia se attenga al privato avanzare, in prima battuta, le modifiche migliorative dell'istanza ovvero le soluzioni alternative oppure se l'amministrazione debba, contestualmente alla formulazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, identificare proposte modificative ovvero, ancora prima, verificarne la possibilità. È ragionevole ritenere che la prima opzione sia più aderente al dato normativo, perché esso identifica nei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza il contenuto della comunicazione, mentre nulla dice in merito all'ambito delle osservazioni proponibili dal privato, fissando solo il vincolo per l'amministrazione di presa in esame di esse e di esternazione delle ragioni del mancato accoglimento. Addossare all'amministrazione l'onere di individuare e proporre le soluzioni modificative dell'istanza ovvero quelle alternative significherebbe appesantire il ruolo dell'amministrazione con un evidente sbilanciamento tra le parti e il rischio di mortificare principi di buona amministrazione, come quelli di economia e non aggravio procedimentale. Pertanto, spetta al privato proporre soluzioni modificative per rendere accoglibile la domanda, come spetta al privato l'onere di confutare il prefigurato

diniego dell'amministrazione, portando a sostegno della domanda ulteriori argomentazioni. Alla stessa stregua l'amministrazione deve esprimersi sulle proposte modificative avanzate dal privato alla stessa stregua della presa in esame delle ragioni addotte dallo stesso sin dalla presentazione della domanda. In entrambi i casi, vige il limite, mutuabile dall'art. 10, della pertinenza all'oggetto del procedimento, con i relativi corollari^[21], ma nel caso delle proposte modificative/alternative questo limite assume ulteriore pregnanza. La modifica della domanda non può essere di consistenza tale da snaturare l'impianto originario dell'istanza, perché questo implicherebbe l'elusione delle garanzie che accompagnano il procedimento sin dal suo inizio e che coinvolgono anche altri soggetti (si pensi ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, diversi dalle destinatario del procedimento, ovvero gli altri soggetti che possono esercitare i diritti di partecipazione), i quali sono esclusi dal contraddittorio ex art. 10-*bis*, ovvero imporrebbe un supplemento procedimentale incompatibile con gli ordinari tempi di conclusione del procedimento^[22]. In siffatti casi, pertanto, si tratterebbe sostanzialmente di una nuova domanda, che dovrebbe innescare un nuovo procedimento^[23].

Dalla prospettiva dell'amministrazione, è da ammettere comunque (come possibile e non doverosa) lo sforzo di individuare e porre all'attenzione del privato, attraverso la comunicazione ex art. 10-*bis*, modifiche e/o soluzioni alternative^[24], nell'ottica della massima collaborazione tra le parti, combinata con il rispetto di altrettanti, fondamentali principi procedurali.

L'impostazione che qui si discute, peraltro, non è nuova nel panorama normativo e lo schema del contraddittorio in chiave "costruttiva", che importa la proposizione di soluzioni modificative al progetto iniziale per favorire la conclusione positiva del procedimento, è rinvenibile nella legge 241/1990 e soprattutto nella legislazione settoriale. In quest'ottica può leggersi l'evoluzione della disciplina della conferenza di servizi, protesa alla ricerca di correttivi (come il cd. dissenso costruttivo e gli effetti del dissenso qualificato) per garantire la funzionalità della conferenza e favorirne la positiva conclusione^[25]. Il meccanismo caratterizza anche il nuovo art. 17-*bis*, relativo, come noto, ai rapporti tra pubbliche amministrazioni in tutti i casi in cui il procedimento è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata, con evidente applicazione del canone della leale collaborazione tra pubbliche amministrazioni^[26].

Lo schema del contraddittorio "costruttivo" è presente, più convintamente, nella legislazione settoriale. Ne sono esempi il procedimento di rilascio del permesso di costruire (art. 20, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) e quello per l'autorizzazione all'insediamento di attività produttive di cui all'art. 25 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, incardinato presso lo sportello unico di cui all'art. 6 d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447 (cd. procedimento unico)^[27].

Nel primo caso l'organo competente, qualora ritenga che il titolo abilitativo non possa essere rilasciato, valuta l'eventualità che la domanda non accoglibile sia emendabile e, di conseguenza, esterna al richiedente le proposte modificative con le relative motivazioni. Il privato è chiamato a pronunciarsi sulle modifiche e, in caso di adesione, è tenuto a modificare il progetto e integrare la relativa documentazione (art. 20, comma 4, d.P.R. 380/2001). La norma, peraltro, pone delle condizioni all'attivazione e alla buona riuscita del contraddittorio: le modifiche devono essere «di modesta entità» al progetto originario e l'adeguamento deve avvenire entro un arco temporale prefissato (dal responsabile del procedimento per l'adesione e di quindici giorni per l'integrazione della documentazione). Soprattutto, la

portata della norma è ridimensionata o, meglio, è condizionata dall'atteggiamento dell'amministrazione, dalla sua predisposizione verso il contraddittorio, in pratica dalla "buona volontà" del responsabile del procedimento, che ha la facoltà e non l'obbligo di valutare la modificabilità del progetto. L'iniziativa resta confinata al versante dell'amministrazione ed è del tutto eventuale. Una valorizzazione del principio di leale collaborazione induce a ritenere che il responsabile del procedimento prima di esternare le ragioni ostative all'accoglimento della domanda attraverso il provvedimento finale e, ancora prima, attraverso il preavviso di diniego, debba valutare la fattibilità di soluzioni modificative che rendano assentibile il progetto. Si tratta di operazione non particolarmente onerosa, perché andrebbe circoscritta alle modifiche di lieve entità. In altre parole, l'autorità non potrebbe rigettare la domanda per riscontrate difformità, che risultano modeste e facilmente superabili[28], e simmetricamente può porre a fondamento del diniego solo difformità insuperabili ovvero rimuovibili ma solo a condizione di modificare sostanzialmente il progetto[29].

La disciplina relativa all'insediamento di attività produttive è, come noto, improntata a un largo *favor* per l'iniziativa economica privata, che si traduce seguendo le tecniche della concentrazione e della semplificazione di tipo organizzativo (sportello unico, uso della telematica, ecc.) e funzionale (autocertificazione per la conformità alla normativa di settore, silenzio assenso, ecc.); in questo contesto si colloca anche la previsione di un contraddittorio stretto tra cittadino e amministrazione, evidentemente finalizzato al raggiungimento del risultato dell'intrapresa economica, ma anche strutturato in modo da garantire un assetto degli interessi approfondito e condiviso[30].

È prevista, infatti, l'audizione in contraddittorio quale momento di confronto tra l'amministrazione e il richiedente, attivabile quando emergono degli elementi problematici ritenuti dal legislatore superabili, come quelli attinenti alle caratteristiche tecniche dell'impianto ovvero alla localizzazione (art. 6, comma 4, d.P.R. 447/1998). L'indizione dell'audizione resta eventuale, peraltro la sua conclusione implica uno spettro ampio di soluzioni, compresa quella delle modifiche concordate al progetto originario, e il risultato può essere particolarmente avanzato, perché può tradursi nella definizione di un vero e proprio accordo amministrativo ai sensi dell'art. 11 legge 241/1990.

L'opzione dialogica trova ampia attuazione, perché è collocata in una fase avanzata del procedimento, successiva a quella dell'acquisizione del materiale istruttorio, e perché è congegnata in modo da potersi sviluppare secondo molteplici formule, compresa quella più semplice, di tipo orale, svincolata dalla forma cartacea. Non solo. Lo schema del contraddittorio non è ridotto a un'interazione di tipo bidirezionale tra richiedente e amministrazione, ma aspira ad allargarsi per ricomprendere tutti quei soggetti che possono subire un pregiudizio dalla realizzazione dell'impianto produttivo. Costoro («i soggetti, portatori di interessi pubblici o privati, individuali o collettivi nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dalla realizzazione del progetto dell'impianto produttivo», comma 13) possono intervenire nel procedimento non soltanto con la rituale presentazione di memorie e osservazioni, ma anche chiedendo di essere ascoltati in contraddittorio ovvero nell'ambito di apposita conferenza di servizi (art. 4, comma 4). In questo modo, l'interesse alla positiva conclusione del procedimento, che pare ispirare l'intera disciplina, non emerge in termini assoluti, perché deve confrontarsi con l'esigenza della pienezza del contraddittorio.

Nell'ordinamento vi sono casi in cui il meccanismo del contraddittorio di tipo "costruttivo" è collegato specificamente all'art. 10-*bis* legge 241/1990. L'intento di avvicinare ulteriormente le parti, attraverso un rapporto dialettico che favorisca la soluzione positiva del procedimento senza rinunciare alla massimizzazione della cura dell'interesse pubblico, ispira la disciplina del procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica semplificata (art. 146, comma 9, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31).

Qui la semplificazione è declinata in forme accentuate ma usuali – di tipo documentale, organizzativo, procedurale – cui si aggiungono inedite soluzioni di interazione tra le parti funzionali alla conclusione positiva del procedimento.

La prima soluzione si verifica nel caso in cui l'amministrazione procedente si avveda della non accoglibilità dell'istanza perché non conforme al regime paesaggistico dell'area. In questo frangente l'amministrazione deve procedere secondo lo schema dell'art. 10-*bis* legge 241/1990, con l'avvertenza che la comunicazione non può limitarsi a esternare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ma deve esplicitare «le modifiche indispensabili affinché sia formulata la proposta di accoglimento» (art. 11, comma 6, d.P.R. 31/2017). Il preavviso di diniego innesca, in questo modo, un intermezzo procedimentale che si snoda attraverso la presentazione da parte del privato di osservazioni e adeguamenti progettuali e l'ulteriore esame dell'amministrazione procedente, il cui esito sarà l'accoglimento della domanda ovvero il rigetto motivato «con particolare riguardo alla non accoglibilità delle osservazioni o alla persistente incompatibilità paesaggistica del progetto adeguato» (comma 6). Quest'ultima formula lascia intendere che il ricorrente non sia vincolato a recepire *tout court* le modifiche progettuali indicate dall'amministrazione, ma che può presentare delle altre su cui l'amministrazione si pronuncerà nuovamente. In altre parole, nel momento terminale del percorso decisionale l'amministrazione non dovrà limitarsi a verificare il recepimento pieno delle modifiche progettuali da essa prospettate, ma dovrà sforzarsi di valutare anche quelle differenti che, dal punto di vista del privato, assicurano l'adeguamento del progetto in chiave di compatibilità paesaggistica. Lo spirito che permea questa parentesi procedimentale sembra quello del contraddittorio aperto al massimo grado per la costruzione di una decisione soddisfacente delle ragioni di entrambe le parti^[31].

Quasi a compensazione di questo supplemento istruttorio è previsto che, in caso di persistenza della valutazione negativa, l'amministrazione procedente chiuda il procedimento con l'adozione del provvedimento negativo, senza il passaggio dinanzi alla soprintendenza, invece obbligatorio nello schema ordinario. Soluzione che risponde, evidentemente, al principio di economicità dell'azione amministrativa^[32] e che non viola quello di leale collaborazione istituzionale, posto che l'autorità competente assume una funzione di "filtro" rispetto alla soprintendenza, che è sgravata dall'esame di istanze già ritenute inaccoglibili^[33].

Pur nel silenzio della norma, è da ritenere che l'elemento delle modifiche progettuali per rendere accoglibile la domanda possa essere omesso nel preavviso di diniego, ove l'amministrazione riscontri che l'incompatibilità paesaggistica del progetto sia insuperabile in modo assoluto, nel senso che neanche l'introduzione di modifiche di adeguamento riescono a superare la difformità del progetto alle prescrizioni d'uso ovvero ai valori paesaggistici qualificanti il bene considerato, con l'ovvia precisazione che l'amministrazione dovrà esternare questo profilo in modo adeguato nel preavviso di diniego, in luogo della prospettazione delle modifiche progettuali. Questa soluzione può essere mutuata dalla norma

che l'ammette espressamente in sede di valutazione della soprintendenza, in ragione della identità di *ratio* e struttura delle due valutazioni.

In effetti, quando è superata positivamente la prima valutazione, quella dinanzi all'amministrazione procedente, la proposta di accoglimento della domanda è sottoposta all'esame della soprintendenza (comma 7). All'esito della valutazione le soluzioni sono diversificate. Se la valutazione è positiva, l'amministrazione procedente adotta il provvedimento finale conformandosi al parere (vincolante) della soprintendenza.

Se la valutazione è negativa, occorre distinguere: se i motivi sono insuperabili, nel senso che il progetto «risulti incompatibile con i valori paesaggistici che qualificano il contesto di riferimento ovvero contrasti con le prescrizioni d'uso eventualmente presenti» (comma 7), la soprintendenza dovrà effettuare la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, nella quale fornirà «idonea ed adeguata motivazione» dell'impossibilità di rendere compatibile il progetto. Se i motivi ostativi sono superabili, nel senso che possono essere apportate modifiche al progetto per renderlo compatibile dal punto di vista paesaggistico, nel preavviso di diniego dovranno essere indicate «le modifiche indispensabili per la valutazione positiva del progetto» (comma 7).

In entrambi i casi si apre un momento di contraddittorio in cui il privato può presentare osservazioni e, ove possibile, «il progetto adeguato». La soprintendenza, nel caso in cui ritenga di non poter mutare il proprio convincimento, adotterà direttamente il provvedimento di diniego in luogo dell'autorità procedente. Anche sulla soprintendenza incombe un onere motivazionale rinforzato: il provvedimento di diniego deve essere accompagnato da «specificata motivazione, con particolare riguardo alla non accoglibilità delle osservazioni o alla persistente incompatibilità del progetto adeguato con la tutela dei beni vincolati» (comma 7).

Una lettura congiunta dell'art. 1, comma 2-*bis*, e dell'art. 10-*bis* della legge 241/1990 sembra avvalorare e veicolare la linea direttrice che affiora da questi riferimenti normativi, sparsi e settoriali: quella di un “dialogo procedimentale” pieno ed effettivo, serio e leale, dialettico e propositivo, tra pubblica amministrazione e privati quale metodo irrinunciabile nella costruzione della decisione amministrativa.

[1] In giurisprudenza già Cons. Stato, sez. II, 20 febbraio 2020, n. 1306, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2019, n. 2026, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2018, n. 4523, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 2 luglio 2020, n. 367, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 21 aprile 2020, n. 464, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, sez. III, 2 marzo 2020, n. 947, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 27 dicembre 2018, n. 1934, in www.giustizia-amministrativa.it.

[2] Si tratta di principio uniforme in giurisprudenza, la quale precisa che «anche se non deve sussistere un rapporto di identità, tra il preavviso di rigetto e la determinazione conclusiva del procedimento, né una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra il contenuto dei due atti, ben potendo la p.a. ritenere, nel provvedimento finale, di dover meglio precisare le proprie posizioni giuridiche, occorre però che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dalla comunicazione ex art. 10 bis l. n. 241 del 1990, esclusa ogni possibilità di fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove, non enucleabili dalla motivazione dell'atto endoprocedimentale» (Tar Liguria, Genova, sez. I, 25 febbraio 2015, n. 232, in *Foro amm.*, 2015, p. 580; similmente, Consiglio di Stato, sez. III, 29 luglio 2014, n. 4021, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 9 marzo 2020, n. 1041, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar

Veneto, Venezia, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 72, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 12 dicembre 2017, n. 371- 29/07/2014, n. 4021, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 12 gennaio 2016, n. 49, in *Foro amm.*, 2016, p. 185).

[3] Il punto non è pacifico in giurisprudenza: nel senso dell'applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, della legge 241/1990, in virtù della riconosciuta identità sostanziale di funzioni sottese alle due comunicazioni, v., ad esempio, Tar Campania, Napoli, sez. I, 1 marzo 2017, n. 1185, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 7 febbraio 2014, n. 883, in *Foro amm.*, 2014, p. 678; Tar Campania, Napoli, sez. III, 30 aprile 2009, n. 2246, in *Foro amm.*, 2009, p. 1170; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 27 novembre 2008, n. 901, in *Foro amm.*, 2008, p. 3137; Tar Campania, Salerno, sez. I, 11 febbraio 2008, n. 183, in *Foro amm.*, 2008, p. 576; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 gennaio 2008, n. 73, in *Foro amm.*, 2008, p. 110. Nel senso, cui aderisce la sentenza in commento, della diversità ontologica con impossibilità di sostenere un parallelismo tra i due istituti e connessa non riconducibilità dell'art. 10-*bis* nell'ambito applicativo dell'art. 21-*octies*, secondo comma, secondo periodo, della legge 241/1990, v., ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4111, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 20 gennaio 2017, n. 121, in *Foro amm.*, 2017, p. 246; Tar Veneto, Venezia, sez. III, 31 marzo 2014, n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 3 maggio 2014, n. 715, in *Foro amm.*, 2013, p. 1519; Tar Liguria, Genova, sez. I, 27 dicembre 2011, n. 1922, in *Foro amm.*, 2011, p. 3889; Tar Puglia, Bari, sez. II, 14 gennaio 2010, n. 53, in *Foro amm.*, 2010, p. 264; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 28 dicembre 2009, n. 9603, in *Foro amm.*, 2009, p. 3553. Peraltro, in giurisprudenza è ricorrente l'affermazione secondo cui «l'istituto del c.d. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241 ha lo scopo di far conoscere all'amministrazione procedente le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in gioco; tuttavia, tale scopo viene meno ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia in quanto vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità» (Cons. Stato, sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1081, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. II, 17 giugno 2019, n. 4089, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. II, 30 maggio 2019, n. 3611, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2019, n. 1156, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 256, in *Foro amm.*, 2019, p. 62; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 3 ottobre 2019, n. 4726, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, sez. III, 1 dicembre 2016, n. 5555, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. III, 24 novembre 2015, n. 13258, in *Foro amm.*, 2015, p. 2886), massima da cui si ricava l'accostamento, *incidenter tantum*, del caso di violazione dell'art. 10-*bis* sia alla prima ipotesi di sanatoria processuale di cui all'art. 21-*octies*, secondo comma, che attiene ai provvedimenti vincolati, sia alla seconda fattispecie, relativa ai provvedimenti discrezionali. La questione è stata affrontata dal legislatore, con il recente decreto semplificazioni, su cui si dirà al par. 3.

[4] La dottrina che si è occupata dell'istituto è notevole: v., oltre agli Autori citati nelle note successive, P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento (artt. 7, 8, 10-*bis* l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, pp. 291 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-*bis* della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 353 ss.; S. Fantini, *Il preavviso di rigetto come garanzia "essenziale" del cittadino e come norma sul procedimento*, in *Urb. app.*, 2007, 11, pp. 1388 ss.; C. Videtta, *Note a margine del nuovo art. 10 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Tar*, 2006, pp. 837 ss.; E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 1005 ss.; S. Tarullo, *L'art. 10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *Giustamm*, 2005, pp. 1 ss.

[5] In ordine al contenuto della motivazione rileva anche la preclusione di fondare il preavviso di diniego su «inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione», previsione introdotta dall'art. 9, comma 3, della legge 1 novembre 2011, n. 180, e che la giurisprudenza, soffermandosi sul termine «attribuibile» in luogo di altri come «imputabile», ha letto nel senso che «il legislatore non ha voluto dare alcun rilievo allo stato soggettivo: anche un ritardo incolpevole ma oggettivamente riferibile all'amministrazione sarà dunque rilevante (mentre la colpa continuerà ovviamente a rilevare a fini risarcitori)»: così Tar Lombardia, Milano, sez. II, 14 novembre 2013, n. 2520, in *Foro amm. Tar*, 2013, 3296.

[6] V. nota 2.

[7] Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1171; Cass. civ., sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592, in *Giustamm*, n. 9, 2020; Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 30 giugno 2020, n. 7254, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 30 luglio 2020, n. 8888, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 3 agosto 2020, n. 8956, in www.giustizia-amministrativa.it. Il tema è sempre più consapevolmente affrontato dalla giurisprudenza: si veda, ad esempio, l'affermazione di Cons. Stato, Adunanza plenaria, 9 giugno 2016, n. 11, in *Foro amm.*, 2016, p. 1470, in tema di giudicato amministrativo a formazione progressiva, secondo cui «l'esecuzione del giudicato amministrativo (sebbene quest'ultimo abbia un contenuto poliforme), non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale».

[8] V. nota precedente.

[9] «Ciò allo scopo di evitare che la realizzazione dell'interesse sostanziale possa essere frustrato dalla reiterazione di provvedimenti, basati sempre su inediti supporti motivazionali»: ad esempio, Cons. Stato, IV, 54 marzo 2011, n. 1415, in *Foro amm. CdS*, 2011, p. 846; Cons. St. sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5371, in *Foro amm.*, 2018, p. 1464.

[10] M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, pp. 115 ss., richiamato, con specifico riferimento al preavviso di diniego, da D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, IV, pp. 447 ss.; Id., *Il preavviso di rigetto*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2017, pp. 643 ss.; F. Saitta, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 190; G. Milo, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020, n. 120*, in *AmbienteDiritto*, 2020, n. 4, p. 1152.

[11] G. Milo, *Il preavviso di diniego*, cit., p. 1151.

[12] In questo senso, con specifico riferimento all'art. 10-bis, v., ad esempio, Cons. Stato, 6 novembre 2007, n. 5729, in *Foro amm. CdS*, 2007, p. 3097; Tar Umbria, Perugia, sez. I, 5 maggio 2014, n. 241, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 15 gennaio 2018, n. 5, in *Com. It.*, 2008, p. 69; Tar Veneto, Venezia, 7 settembre 2005, n. 3430, in www.giustizia-amministrativa.it.

[13] F. Merusi, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della «demarchia» secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, 543 ss., il quale vi ravvisa un esercizio attivo di diritti di libertà (p. 550).

[14] *Ivi*, p. 550.

[15] L'espressione è utilizzata da R. Ferrara, *La legge sul procedimento amministrativo alla prova dei fatti: alcuni punti fermi...e molte questioni aperte*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, p. 65, per avanzare dubbi sulla consistenza del dato normativo relativo alla partecipazione e sul dato della scarsità di riforme che lo ha interessato a fronte di modifiche più sostanziose di altri istituti.

[16] Sulla logica, sottesa all'art. 10-bis, dell'accettazione che fa da *pendant* con quella del contraddittorio in contestazione v. M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, p. 188. In termini generali, sul criterio dell'accettabilità giuridica della scelta amministrativa v. le osservazioni di F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, 2000, pp. 119 ss.

[17] S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008.

[18] P. Lazzara, Art. 10 bis, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 384, che pure solleva l'esigenza di accogliere questa prospettiva con cautela, in ragione dei risvolti che il mutamento dell'oggetto implica rispetto alle garanzie procedurali, anzitutto quella dell'art. 7 legge 241/1990.

[19] V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 330; Id., *Verso un più compiuto assetto della disciplina dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in *ASTRID Rassegna*, 2005, p. 11; M. Ramajoli – R. Villata, *Procedimento. Art 10 bis l. n. 241/1990*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012 – Treccani*, Roma, 2012, p. 2; D. Vaiano, *Commento dell'art. 10-bis*, cit., p. 641; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016, p. 269.

[20] Tar Campania, Salerno, sez. I, 9 marzo 2016, n. 589, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 23 luglio 2014, n. 2003, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 dicembre 2013, n. 1129, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 8 ottobre 2013, n. 8682, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 9 dicembre 2013, n. 5640, in *Foro amm. Tar*, 2013, p. 3831; Tar Campania, Salerno, 5 agosto 2013, n. 1740, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 27 giugno 2013, n. 1855, in *Foro amm. Tar*, 2013, p. 2146; Tar Veneto, Venezia, sez. I, 8 luglio 2011, n. 1162, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Latina, sez. I, 18 marzo 2010, n. 322, in *Foro amm Tar*, 2010, p. 953.

[21] Per esempio, la mera "disponibilità" ad apportare modifiche sostanziali al progetto è stata considerata irrilevante, perché generica, rispetto all'art. 10-bis: Tar Campania, Napoli, sez. IV, 6 giugno 2017, n. 2952, in www.giustizia-amministrativa.it.

[22] Tar Campania, Napoli, sez. IV, 6 giugno 2017, n. 2952, cit.

[23] Tar Toscana, Firenze, sez. II, 12 maggio 2017, n. 684, in www.giustizia-amministrativa.it.

[24] Tar Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807, in *Foro amm. Tar*, 2011, p. 3636.

[25] Per entrambe le tipologie di conferenza di servizi – quella semplificata e quella simultanea – l'amministrazione dissenziente è tenuta ad accompagnare il dissenso con la specificazione delle modifiche necessarie ai fini dell'assenso (art. 14-*bis*, comma 3; art. 14-*ter*, comma 3), previa valutazione della fattibilità delle stesse («ove possibile», art. 14-*bis*, comma 3). La norma si preoccupa anche del profilo dei rapporti tra proposta di modifica e progetto iniziale. Infatti, in sede di conferenza simultanea, l'amministrazione precedente, se valuta che le condizioni e prescrizioni avanzate a corredo del dissenso non comportano «modifiche sostanziali» alla decisione oggetto della conferenza e le ritiene accoglibili, previa consultazione con i privati e con le altre amministrazioni interessate, adotta la determinazione motivata di conclusione positiva della conferenza (art. 14-*bis*, comma 5). In caso contrario è da ritenere che la questione debba rimettersi alla conferenza in modalità sincrona, per una nuova valutazione collegiale (art. 14-*bis*, comma 6). Il meccanismo è utilizzato anche per la disciplina del dissenso qualificato. In caso di opposizione avanzata da amministrazione preposta alla cura di interesse sensibile, prima della formale devoluzione della questione al consiglio dei ministri, è prevista, per iniziativa della presidenza del consiglio dei ministri, l'indizione di una riunione alla quale parteciperanno l'amministrazione precedente, quella dissenziente e le altre presenti alla conferenza e l'obiettivo di questa riunione è «l'individuazione di una soluzione condivisa» (art. 14-*quinquies*, comma 4), segno dell'apertura a un metodo amministrativo orientato alla ricerca di soluzioni appaganti i diversi punti di vista, anche quando questa ricerca imponga un supplemento di attività e uno sforzo reciproco, che implichi pure la rinuncia parziale alle proprie pretese o ragioni. Per questo la devoluzione all'organo politico per eccellenza, il consiglio dei ministri, è configurata come l'*extrema ratio* e, peraltro, anche in questa sede l'organo non è chiamato a una valutazione risolutiva netta, incentrata sulla mera alternativa di accoglimento o meno dell'opposizione, perché sono possibili soluzioni intermedie, come l'accoglimento parziale dell'opposizione con modifica diretta del contenuto della determinazione di conclusione della conferenza (art. 14-*quinquies*, comma 6). Si tratta di un modo di procedere che altro non è che un'applicazione del principio di leale collaborazione tra amministrazioni, espressamente richiamato dalla norma (art. 14-*quinquies*, comma 4).

[26] Infatti, l'amministrazione alla quale è stato chiesto l'assenso può rappresentare esigenze istruttorie ovvero «richieste di modifica», con l'avvertenza che queste devono essere « motivate e formulate in modo puntuale » e nel termine originario (comma 1). La revisione dello schema di provvedimento da parte dell'amministrazione precedente innesca un nuovo momento di confronto con l'altra amministrazione e, nel caso in cui questa non rilascia l'assenso, la questione è devoluta al Presidente del Consiglio dei ministri, il quale «previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento» (comma 2).

[27] Ulteriori forme avanzate di contraddittorio tra p.a. e privati, non solo nelle modalità (interpelli, audizioni, ecc.), ma pure negli esiti possibili, comprensivi di soluzioni concordate, anche modificative o alternative alle istanze o proposte iniziali, sono rinvenibili in molteplici procedimenti dell'amministrazione finanziaria ovvero in quelli di competenza di autorità indipendenti, nonché nel settore ambientale (si pensi al procedimento di valutazione di impatto ambientale) e nella disciplina delle grandi opere infrastrutturali.

[28] Tar Lazio, Latina, sez. I, 4 febbraio 2008, n. 86, in www.giustizia-amministrativa.it.

[29] Nel senso di «obbligo» dell'amministrazione, che comunque sussiste solo qualora le modifiche non siano tali da comportare «un ampio "ripensamento" del progetto e, in sostanza, nella presentazione di un progetto qualitativamente diverso» v. Tar Lazio, Latina, sez. I, 4 marzo 2009, n. 168, in www.giustizia-amministrativa.it. Riconduce al difetto di istruttoria la mancata verifica della proponibilità di modifiche di modesta entità al progetto originario Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 21 gennaio 2015, n. 376, in www.giustizia-amministrativa.it.

[30] Sottolinea che le due parti in causa – impresa e amministrazione – non si pongono in termini di antagonismo, ma di comune obiettivo dello sviluppo del territorio di riferimento e che in questa peculiare configurazione del rapporto tra le parti può scorgersi un'utile chiave di lettura dell'intera disciplina, G. De Giorgi Cezzi, *Il procedimento semplificato mediante autocertificazione per la realizzazione di impianti produttivi nel regolamento sullo sportello unico*, in E. Sticchi Damiani – G. De Giorgi Cezzi – P.L. Portaluri – F.F. Tuccari, *Localizzazione di insediamenti produttivi e semplificazione amministrativa. Lo sportello unico per le imprese*, Milano, 1999, pp. 17-18. Evidenzia il profilo della collaborazione tra pubblico e privato quale elemento centrale e tratto distintivo della nuova disciplina, anche in ragione delle traduzioni originali in essa contenute, G. Gardini, *Un nuovo modello di azione pubblica: il procedimento di autorizzazione all'insediamento di attività produttive in base al d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 572. Sulle novità in termini di «partecipazione qualitativa» v. I.M. Impastato, *La conferenza di servizi «aperta» nel D.P.R. n. 447 del 1998 ovvero della «semplificazione partecipata»*, in *Dir. amm.*, 2001, pp. 481 ss.

[31] Sottolinea l'importanza riservata dalla norma al cd. dissenso costruttivo P. Marzaro, *Autorizzazione paesaggistica semplificata e procedimenti connessi*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, p. 229.

[32] S. Amorosino, *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (d.P.R. n. 31 del 2017)*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, p. 186.

[33] Cons. Stato, sez. atti norm., 1° settembre 2016, n. 1404, in *Foro amm.*, 2016, p. 2140.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1958 – 29 settembre 2021

La *vis expansiva* della sanatoria edilizia e il limite delle aree naturali protette (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 6 luglio 2021, n. 5152)

di Marco Brocca

Sommario: 1. La fisionomia della sanatoria edilizia. 2. Il sistema delle tutele parallele e il modello delle aree naturali protette. 3. La vicenda e la questione giuridica all'esame dei giudici. 4. La posizione del Consiglio di Stato e un ulteriore capitolo.

1. La fisionomia della sanatoria edilizia

È noto che la cd. sanatoria edilizia costituisca una manifestazione – tra le più eloquenti – del potere dell'amministrazione di regolarizzare *ex post* un'attività del privato che è *contra ius*, perché posta in essere senza il supporto del titolo abilitativo prescritto dall'ordinamento ovvero in difformità del titolo rilasciato per quella fattispecie. Si tratta di potere con forza sanante che differisce dalla sanatoria amministrativa propriamente detta, la quale è espressione del potere di autotutela attraverso cui l'amministrazione emenda i provvedimenti amministrativi viziati, con l'effetto di convalidarli e di conservarne l'efficacia. Si è in presenza di potestà differenti, ma accomunate dall'effetto sanante prodotto nei confronti di attività *contra ius*, di privati in un caso e dell'amministrazione nell'altro, che condividono un ulteriore profilo. La capacità sanante non è possibile in relazione a qualsivoglia vizio invalidante, in quanto possono essere emendati solo vizi formali e non sostanziali. Questa distinzione ha fornito tradizionalmente un'utile chiave di lettura per affrontare la questione dell'ammissibilità di siffatti poteri in assenza di esplicita copertura legislativa. Questione che ha portato la dottrina e la giurisprudenza ad ammettere in termini generali la sanatoria amministrativa e altri provvedimenti di secondo grado, come la convalida, perché

emanazione dell'autotutela amministrativa, a sua volta ritenuta immanente al potere amministrativo e connaturata all'imperatività e all'inesauribilità del potere stesso, nonché in applicazione del principio di conservazione dei valori giuridici con i corollari dell'economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravio procedimentale. Al contempo, l'applicabilità della sanatoria amministrativa e di altri provvedimenti ad esito conservativo è stata ristretta alla presenza di vizi formali e non sostanziali, in assenza di diversa statuizione normativa.

La medesima impostazione è stata seguita in relazione all'attività di privati posta in essere senza i necessari titoli abilitativi. Esempio è l'ambito dell'attività edilizia: la questione dell'ammissibilità di un titolo edilizio postumo, sorta all'indomani della legge urbanistica fondamentale del 1942 (legge 17 agosto 1942, n. 1150), introduttiva dell'obbligo di licenza edilizia, e corroborata dalla cd. legge ponte del 1967 (legge 6 agosto 1967, n. 765) che ha esteso l'obbligo agli interventi da realizzare sull'intero territorio comunale, è stata affrontata proprio secondo il *discrimen* tra abusi formali e abusi sostanziali. In altre parole, non appariva ragionevole l'applicazione delle medesime sanzioni agli interventi realizzati senza il titolo abilitativo, ma conformi alla disciplina urbanistica e a quelli sprovvisti di autorizzazione e, in ogni caso, contrari alle previsioni urbanistiche. Si sosteneva, altresì, l'irrazionalità e l'antieconomicità di un'azione amministrativa, prima applicativa delle sanzioni (anzitutto quella demolitoria) e poi permissiva del medesimo intervento, perché conforme alla disciplina urbanistica vigente al momento della presentazione della domanda. Inoltre, si evidenziava che la *ratio* del potere di vigilanza edilizia non è tanto quella del controllo meramente formale e strumentale dell'attività costruttiva, quanto quella di assicurare la tutela dell'assetto del territorio e il suo ordinato sviluppo come configurato dagli strumenti urbanistici, di cui anzi l'intervento realizzato è attuativo se è accertata la sua conformità, sia pure *ex post*. Insomma, l'inversione dell'ordine 'atto amministrativo di assenso-attività del privato' non è da considerare inficiante e sanzionabile in termini assoluti e aprioristici, qualora l'amministrazione accerti, sebbene *ex post*, la conformità dell'intervento[1].

Questo ragionamento ha trovato formalizzazione normativa dapprima con la legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 13[2], poi con il d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico dell'edilizia), art. 36, che hanno configurato la sanatoria edilizia[3] in termini di istituto generale e permanente, tipizzandone al contempo i presupposti: tra questi rileva, come noto, la necessità per l'autore dell'abuso edilizio di dimostrare la conformità dell'intervento edilizio alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dell'intervento che a quello della presentazione della domanda di sanatoria (cd. doppia conformità)[4].

2. Il sistema delle tutele parallele e il modello delle aree naturali protette

L'approccio tradizionalmente seguito dal legislatore nella regolazione del territorio è quello di massimizzare i diversi interessi emergenti (uso del suolo, protezione della natura, gestione forestale, difesa dell'assetto idrogeologico, tutela del paesaggio, ecc.) con apposite normative, con l'effetto di creare un sistema multiplo di disciplina del territorio, che, se da un lato denota lo sforzo del legislatore di cogliere e curare molteplici esigenze connesse al territorio, dall'altro suscita un problema di sovrapposizione di regole che pretendono, ma nella pratica difettano di adeguate forme di coordinamento e integrazione. Gli effetti, come noto, sono moltiplicatori e quasi mai eliminatori, di frantumazione e dispersione delle competenze, di

complicazioni e incertezze procedurali, di *performance* amministrative inefficienti, di dispersione dei controlli, di annacquamento delle responsabilità, di aggravii non sempre preventivabili per gli operatori privati, di conflittualità processuali[5].

Alla logica delle tutele parallele risponde anche la disciplina sui parchi, la cui normativa di riferimento a livello statale è rappresentata dalla legge 6 dicembre 1991, n. 394. Si tratta di legge-quadro sulle aree naturali protette che ha sancito un deciso cambio di rotta nella protezione della natura: l'opzione non è più quella di promuovere la realizzazione di "sacrari" ambientali, destinati a una musealistica ed elitaria contemplazione, quali erano i primi parchi nazionali (istituiti negli anni '20 e '30)[6], bensì quella di istituire aree in cui la finalità della «conservazione di specie animali o vegetali» si concilia con l'«applicazione di metodi di gestione o di restauro ambientale idonei a realizzare una integrazione tra uomo e ambiente naturale» (art. 1, comma 3, lett. a-d).

In altre parole, il parco è concepito quale *locus* di confluenza e integrazione di vari interessi, ovvero, come ha avuto modo di affermare la Corte costituzionale, come «centro di imputazione di una serie di valori non meramente naturalistici, ma anche culturali, educativi e ricreativi, in una corretta e moderna concezione dell'ambiente»[7].

Sul fondamento che l'elemento antropico concorra alla formazione del patrimonio naturale e del suo carattere dinamico anziché esserne un elemento di disequilibrio, la legge non assoggetta il territorio protetto a un indistinto sistema di tutela statico-conservativa, ma ne articola il regime secondo un criterio di gradualità e differenziazione che fa corrispondere alla diversa qualificazione delle zone – «riserve integrali», «riserve generali orientate», «aree di protezione», «aree di promozione economica e sociale», «aree contigue» – differenti regimi (art. 12). Come è stato detto, la sfida proposta dalla legge è ambiziosa, quella di rendere i parchi "preziosi laboratori in grado di coniugare la conservazione rigorosa delle risorse naturali con lo sviluppo delle popolazioni locali"[8].

L'ottica di un "uso multiplo" delle aree protette ispira l'impianto complessivo della normativa ed è rinvenibile espressamente in disposizioni, quali l'art. 7 sulle misure di incentivazione per gli enti locali (restauro dei centri storici, opere di risanamento dell'acqua, dell'aria e del suolo, attività sportive compatibili, ecc.), gli artt. 11-12-25 sul regolamento e sul piano del parco, quali strumenti preposti alla disciplina dell'«esercizio delle attività consentite entro il territorio del parco» e l'art. 14 di promozione di «iniziative atte a favorire lo sviluppo economico e sociale delle collettività eventualmente residenti all'interno del parco e nei territori adiacenti».

La massimizzazione dell'interesse naturalistico si traduce in un regime di tutela speciale sul piano organizzativo e funzionale. Dal primo punto di vista basti pensare all'istituzione di un'apposita struttura amministrativa, l'ente parco, quale organo gestore dell'area protetta, titolare di poteri di regolazione, gestione e controllo delle attività potenzialmente in grado di incidere sul territorio. La sua composizione è di tipo "misto"[9], espressiva di più interessi e competenze, quelle propriamente tecnico-scientifiche e quelle di portata più generale, di provenienza statale e locale, canalizzate attraverso le tradizionali rappresentanze politiche e amministrative, nonché per il tramite delle associazioni ambientaliste.

Sul piano funzionale rilevano peculiari strumenti di tipo regolamentare (il regolamento del parco, art. 11), programmatico/pianificatorio (il piano del parco, art. 12; il piano pluriennale economico e sociale, art. 14) e autorizzatorio (il nulla osta, art. 13).

La presenza anche in questo settore ambientale del regime autorizzatorio e la sua estensione su ambiti di attività vasti e variegati riflette bene un profilo essenziale della configurazione giuridica dell'ambiente. Quello che muove dalla considerazione per cui gli interventi pregiudizievoli, se non impediti, comportano effetti spesso irreversibili: ne consegue la centralità di principi come quelli di prevenzione e precauzione e l'essenzialità di controlli preventivi dell'amministrazione secondo un parametro, quello ambientale, rafforzato e prioritario.

Il regime autorizzatorio compare nella gran parte della legislazione settoriale e il dato che emerge è la sommatoria dei diversi controlli amministrativi, che evocano competenze e procedimenti distinti. Questo è particolarmente evidente per le aree naturali protette. Salvo ulteriori e peculiari situazioni, un intervento modificativo in area protetta impone la previa acquisizione di tre distinti titoli abilitativi: il titolo edilizio (ai sensi del d.P.R. 380/2001), l'autorizzazione paesaggistica (in quanto il parco è bene paesaggistico secondo il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, codice dei beni culturali e del paesaggio) e il citato nulla osta dell'ente parco.

La compresenza di questi regimi abilitativi suscita non poche difficoltà applicative, legate soprattutto alla natura delle relazioni tra i diversi atti di assenso (se di autonomia, presupposizione, unificazione, fungibilità, ecc.). La questione affrontata dai giudici amministrativi nella vicenda in esame riguarda proprio il collegamento tra il titolo edilizio comunale e il nulla osta di competenza dell'ente parco.

3. La vicenda e la questione giuridica all'esame dei giudici

A seguito di accertato abuso edilizio e di ingiunzione di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi i ricorrenti, autori dell'abuso, hanno presentato domanda di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 d.P.R. 380/2001. L'area interessata dagli interventi abusivi rientra in un parco nazionale (Parco nazionale del Vesuvio) e, per questo, l'amministrazione comunale, competente per l'accertamento di conformità, ha richiesto i pareri di accertamento della compatibilità paesaggistica alla soprintendenza che rispondeva positivamente, e all'ente parco, per l'accertamento della conformità naturalistico-ambientale, che invece si esprimeva dapprima con un'ordinanza di sospensione dei lavori in corso e di ingiunzione di demolizione delle opere abusive e poi con un parere negativo.

Le determinazioni dell'ente parco sono state impugnate per molteplici profili, ma la questione giuridica principale – e preliminare – riguarda l'ammissibilità della sanatoria edilizia in aree naturali protette. Infatti, nell'ambito delle aree perimetrate a parco, l'art. 36 d.P.R. 380/2001, che, come visto, disciplina l'accertamento di conformità (prodromico al rilascio del permesso edilizio in sanatoria), va coordinato con l'art. 13 legge 394/1991 secondo cui il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti od opere è subordinato al preventivo nulla osta dell'ente parco che ne verifica la conformità con la tutela dell'area naturale protetta (comma 1).

La questione è se il nulla osta previsto dal citato art. 13, con la necessaria "previetà" del suo rilascio, vada interpretato nel senso di ritenerlo riferito soltanto agli interventi ancora da realizzare ovvero anche rispetto a opere già realizzate. Detto altrimenti, la lettura combinata

delle due disposizioni evoca due possibili ‘scenari’: 1) all’interno di un’area protetta un’opera abusivamente realizzata è sanabile secondo la procedura dell’art. 36 testo unico dell’edilizia anche qualora non sia stato previamente acquisito il nulla osta dell’ente parco di cui all’art. 13 legge 394/1991, per il cui rilascio può innestarsi un sub-procedimento nell’ambito del procedimento edilizio; 2) l’opera abusiva non è sanabile neanche se sussistono i presupposti dell’art. 36 citato qualora l’intervento, prima della sua realizzazione, non sia stato supportato dal nulla osta dell’ente parco.

Secondo la prima tesi il nulla osta dell’ente parco può essere acquisito anche successivamente alla realizzazione dell’opera nell’ambito del procedimento di sanatoria edilizia; per la seconda tesi l’acquisizione previa alla realizzazione dell’opera del nulla osta dell’ente parco è *condicio iuris* per l’accertamento di conformità edilizia, con l’effetto che l’applicabilità di quest’ultimo istituto si sterilizza in assenza, appunto, del rilascio del titolo abilitativo dell’ente parco prima della realizzazione dell’intervento edilizio.

Alla prima tesi ha aderito il giudice di primo grado (Tar Campania, Napoli, sez. III, 16 aprile 2019, n. 2160), alla seconda il Consiglio di Stato con la sentenza qui annotata.

Il Tar opta per la prima interpretazione richiamando “*ragioni di ordine sistematico e funzionale*”: in particolare, i giudici osservano che “*con l’espressione ‘previa’ riferita al rilascio del nulla osta adoperata nel citato art. 13 si è inteso evidenziare il carattere necessariamente strumentale e funzionale assolto dal nulla osta (pur nella sua testuale ‘immediata’ impugnabilità) nell’ambito di un più ampio procedimento teso al rilascio di concessioni o autorizzazioni evidentemente al fine di condizionarne il contenuto*”, nella consapevolezza che l’ente parco deve esprimere la propria valutazione in modo autonomo e esclusivo, in quanto tributario di un interesse distinto da quello proprio delle altre amministrazioni coinvolte nella vicenda amministrativa (comune e soprintendenza). Concludono i giudici che “*per assolvere ad una tale funzione, il nulla osta deve avere carattere necessariamente preventivo (non rispetto alla realizzazione dell’opera abusiva, ma) in funzione del rilascio del permesso in sanatoria, altrimenti non comprendendosi come sarebbe in grado di influenzare un provvedimento (l’accertamento di conformità ex art. 36 d.P.R. 380/2001) che, per definizione, deve essere emesso soltanto in sanatoria*”.

Più articolato è l’*iter* argomentativo seguito dal Consiglio di Stato per affermare la natura esclusivamente preventiva del nulla osta di cui all’art. 13 della legge sulle aree protette, con il corollario dell’inapplicabilità della sanatoria edilizia con riferimento a interventi realizzati nell’ambito di aree protette qualora non supportati, sin dall’inizio, dal nulla osta dell’ente parco.

4. La posizione del Consiglio di Stato e un ulteriore capitolo

Il ragionamento del Consiglio di Stato muove da una considerazione, ritenuta insuperabile e dirimente: la “*differenziazione di ambiti*” che connota la disciplina dei parchi, rispetto alla quale quella che può essere considerata la disciplina generale (la normativa urbanistico-edilizia) deve confrontarsi e, ove inevitabile, arrestarsi.

Richiamando giurisprudenza dell’Adunanza plenaria^[10] e della Corte costituzionale^[11], ricorda il Consiglio di Stato che il legislatore italiano con la legge-quadro sulle aree protette

ha voluto introdurre per determinare aree uno “speciale regime di tutela e di gestione”, riconoscendo i parchi “come aree di protezione integrale della natura nelle quali vale il principio della c.d. ecologia profonda che implica la conservazione integrale della natura e limitati interventi di antropizzazione”. L’approccio differenziato si traduce in una serie di “strumenti essenziali e indefettibili della cura dell’interesse naturalistico e ambientale in ragione della quale è istituito il parco”, che sono atti sia generali (regolamento del parco) e pianificatori (piano del parco) e valgono a disciplinare ex ante “in dettaglio e per tutto il territorio del parco gli interventi e le attività vietati e quelli solo parzialmente consentiti, le loro ubicazioni, destinazioni, modalità di esplicitazione e così via, secondo un disegno organico inteso a «la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale»”; sia di natura provvedimentale, il nulla osta dell’ente parco, che “si inserisce, nella trama normativa della legge quadro, come punto terminale di contatto, come elemento di congiunzione tra le esigenze superiori della protezione naturalistica e le attività economiche e sociali e va letto coordinandolo con le altre previsioni di meccanismi operativo-funzionali. In un’area integralmente protetta, infatti, sono vietate tutte quelle attività che non siano espressamente consentite dal piano e dettagliatamente disciplinate nel relativo regolamento”.

Ricorda il Consiglio di Stato inoltre che la specialità della materia si manifesta parimenti sul piano organizzativo, con la previsione di un ente di scopo, l’ente parco, titolare, tra l’altro, di un generale potere di controllo a presidio dell’interesse naturalistico e ambientale di cui è attributario.

Un ulteriore passaggio compiono i giudici attraverso il richiamo della rilevanza costituzionale dell’interesse naturalistico massimizzato dalla legge-quadro, in quanto sussumibile in quello ambientale, che – come ricordano i giudici – assurge al rango di “valore costituzionalmente rilevante”. Questa qualificazione induce i giudici a due approdi: da un lato, la primarietà dell’interesse naturalistico-ambientale che comporta l’autonomia, nonché l’irriducibilità e l’infungibilità, del regime speciale dei parchi rispetto alla disciplina generale urbanistico-edilizia, cui consegue il corollario per cui il nulla osta dell’ente parco costituisce atto non solo autonomo e preliminare rispetto al titolo edilizio, ma anche sempre preventivo rispetto agli interventi e alle opere edilizie. In altre parole, il nulla osta dell’ente parco non mutua caratteri e attitudini di altri titoli abilitativi, come la possibile acquisizione postuma, né si adatta ad altri regimi amministrativi, come quello di accertamento di conformità ex art. 36 testo unico dell’edilizia. Conclude il Consiglio di Stato che “si ritiene corretta l’interpretazione rigorosa dell’art. 13 della legge sulle aree protette, che ammette solo nulla osta preventivi”, con l’effetto che “non rileva in alcun modo l’istituto dell’accertamento di conformità che rimane di applicazione generale”, ma non nell’ambito dei parchi rispetto ai quali sussistono “ragioni di tutela così ampie [che] non ammettono sanatorie su opere realizzate senza titolo”.

Il richiamo del piano costituzionale vale ai giudici anche per esprimersi su una questione correlata, benchè non invocata dai ricorrenti. Il modello sancito dalla legge quadro potrebbe essere derogato a livello regionale, nel senso che potrebbero sussistere disposizioni regionali che ammettono l’acquisizione del nulla osta dell’ente parco anche in via postuma: osservano i giudici che simili disposizioni permissive “sarebbero comunque da sottoporre a vaglio costituzionale, perché la tutela dell’ambiente spetta allo Stato”. L’inciso evoca evidentemente la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui la disciplina dei parchi deve intendersi espressione dell’esercizio della competenza esclusiva statale in materia di tutela dell’ambiente, di cui all’art. 117, secondo comma, lett. s, Cost., con la specificazione che la legislazione regionale può soltanto determinare livelli di maggior tutela, in virtù della natura primaria e trasversale dell’interesse ambientale^[12].

A fondamento delle conclusioni i giudici richiamano due ulteriori argomentazioni. La prima muove dalla considerazione fattuale e dalla correlata finalità di “evitare che l’antropizzazione del Parco segua una logica casuale e connotata dalla creazione di stati di fatto quale quella che connota talvolta inevitabilmente lo sviluppo urbano, una volta introdotta la regola generale di ammissibilità delle valutazioni postume (art. 36 del t.u. edilizia)”.

La seconda richiama la disciplina paesaggistica (applicabile anche per le aree protette, che come visto costituiscono beni paesaggistici vincolati *ex lege*). Nella normativa di riferimento, il d.lgs. 42/2004, è espressamente sancito il divieto di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica in sanatoria (art. 146, comma 4), ma la statuizione si completa con la previsione, del tutto eccezionale e limitata alle fattispecie tipizzate, per cui l’autorizzazione paesaggistica postuma è ammessa per specifici interventi di lieve entità (cd. abusi minori, art. 167, comma 4)[13]. Ebbene, osserva il Consiglio di Stato che “*nulla di analogo è prescritto per il nulla osta ad interventi nell’ambito dei parchi*”.

Come si vede, la considerazione della specialità della materia dei parchi e della primarietà dell’interesse naturalistico-ambientale sotteso ispira e fonda l’intero percorso argomentativo e le conclusioni del Consiglio di Stato.

La chiave di lettura adoperata dai giudici evoca indirettamente una delle questioni, classiche e perenni, del trattamento giuridico dell’interesse ambientale: la tensione tra la necessità di un regime differenziato, che implica la resistenza rispetto all’applicazione di istituti generali, come quelli di semplificazione o ad efficacia sanante, ovvero la permeabilità e idoneità (se non utilità) a recepire i medesimi istituti generali. Una tensione, che come noto, caratterizza la genesi e l’evoluzione di tutta la legislazione ambientale, ma anche e prima, della legge generale sui procedimenti amministrativi: si tratta di una ‘storia’ che ha conosciuto alterne vicende con un dato normativo che oscilla tra i due poli con accentuazione ora di una opzione ora dell’altra secondo disegni non sempre razionali. Peraltro, la direzione che sta prevalendo è nel senso di un’attenuazione della differenziazione dei regimi e questo dato è emerso dapprima nella legislazione speciale (si pensi all’accontamento del parere soprintendenziale nell’ambito del procedimento di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica di cui all’art. 146 d.lgs. 42/2004 ovvero all’applicazione del silenzio assenso in alcune procedure relative alla gestione dei rifiuti, come quelle di cui agli artt. 214 e 221 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, testo unico dell’ambiente, nonché al rilascio del nulla osta dell’ente parco, esaminato nel presente commento) poi in quella generale (si pensi al silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, anche quelle esponenziali di interessi sensibili, secondo il nuovo art. 17-*bis* legge 7 agosto 1990, n. 241).

L’approccio seguito dal Consiglio di Stato che enfatizza la specialità della materia può essere utile per comprendere l’evoluzione di un altro istituto a efficacia sanante, il condono edilizio, anch’esso al centro di traiettorie divergenti – peraltro più delicate e controverse perché innervate da preliminari questioni sulla ‘tollerabilità’ dell’istituto – quando si discute del suo accostamento con gli interessi sensibili.

Il condono edilizio, come noto, vale per legittimare interventi abusivi non sanabili e risponde a una logica, come chiarito dalla Corte costituzionale, “contingente e del tutto eccezionale”, è istituto ammissibile solo “negli stretti limiti consentiti dal sistema costituzionale” e il suo fondamento giustificativo va individuato nella “necessità di ‘chiudere un passato illegale’ in attesa di poter infine giungere ad una repressione efficace dell’abusivismo edilizio, pur se non

sono state estranee a simili legislazioni anche ‘ragioni contingenti e straordinarie di natura finanziaria’ ”^[14]. Un istituto, dunque, da considerare come *extra ordinem* e destinato a operare *una tantum* nell’ottica di un definitivo superamento di situazioni di abuso. L’istituto è stato introdotto con la legge 28 febbraio 1985, n. 47, poi confermato con la legge 23 dicembre 1994, n. 724, quindi ribadito con il decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326.

La legislazione sul terzo condono ha previsto condizioni di applicabilità dell’istituto più restrittive, proprio con riferimento alle aree vincolate. Infatti, la prima legislazione sul condono (quella del 1985, ribadita nel 1994) ammette che «le opere insistenti su aree vincolate dopo la loro esecuzione» «[s]ono suscettibili di sanatoria» (art. 32, comma 2, legge 47/1985) in presenza di determinate condizioni, indicate nel comma 2 del medesimo art. 32 e che per esse «il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria [...] è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso» (comma 1). Inoltre, l’art. 33 della legge 47/1985 stabilisce che «non sono suscettibili di sanatoria» le opere che siano in contrasto con vincoli posti «a tutela di interessi storici, artistici, architettonici, archeologici, paesistici, ambientali, idrogeologici», «qualora questi comportino inedificabilità e siano stati imposti prima della esecuzione delle opere stesse». Quindi, secondo la prima legislazione il condono è possibile anche per interventi abusivi realizzati in aree vincolate, come i parchi: la differenziazione di regime rispetto al condono edilizio in area non vincolata è garantita dalla previsione dell’obbligo di acquisizione di parere favorevole dell’amministrazione preposta alla tutela dell’area vincolata e dall’avvertenza dell’inapplicabilità nel caso di vincolo che comporta l’inedificabilità assoluta, con l’ulteriore precisazione che deve trattarsi di vincolo preesistente alla realizzazione dell’intervento.

La legislazione del 2003 sul terzo condono sancisce l’inapplicabilità del condono edilizio nell’ambito delle aree vincolate prevedendo che «le opere abusive non sono comunque suscettibili di sanatoria, nel caso in cui: [...] d) siano state realizzate su immobili soggetti a vincoli [...] qualora istituiti prima della esecuzione di dette opere, in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici» (art. 32, comma 27); peraltro, dispone la permanente vigenza della normativa precedente (più favorevole) ai fini dell’esame delle istanze di condono presentate in base alle leggi del 1985 e del 1994 (art. 32, comma 43-*bis*).

Il superamento della precedente distinzione tra inedificabilità assoluta e relativa con il corollario dell’effetto ostativo al condono anche dei vincoli che comportano inedificabilità relativa, si comprende in ragione dell’attenzione prestata dal legislatore agli interessi sensibili implicati, che sono, secondo le parole della Corte costituzionale, “per loro natura – i più esposti a rischio di compromissione da parte delle legislazioni sui condoni edilizi”^[15].

Il nuovo assetto normativo ha suscitato diverse questioni, come quella dell’ammissibilità di soluzioni legislative, di fonte regionale, che estendono il suddetto effetto ostativo al caso di vincoli sopravvenuti. È questa l’opzione seguita ad esempio dal legislatore laziale secondo cui non sono condonabili le opere abusive eseguite su immobili sottoposti a vincolo ambientale “realizzate, anche prima della apposizione del vincolo” (art. 3, comma 1, lett. b, l.r. Lazio 8 novembre 2004, n. 12), norma che è stata portata recentemente all’attenzione della Corte costituzionale per questioni legate, più che al consueto parametro dell’art. 117 Cost.^[16], alla tenuta della norma rispetto ai principi di ragionevolezza e certezza del diritto^[17]. La Corte ha ritenuto la disposizione regionale pienamente legittima perché “il

regime più restrittivo introdotto dalla legge regionale ha come obiettivo la tutela di valori che presentano precipuo rilievo costituzionale, quali quelli paesaggistici, ambientali, idrogeologici e archeologici, sicché non è irragionevole che il legislatore regionale, nel bilanciare gli interessi in gioco, abbia scelto di proteggerli maggiormente, restringendo l'ambito applicativo del condono statale, sempre restando nel limite delle sue attribuzioni"^[1][18].

[1] Sulla genesi della sanatoria edilizia e sulla sua legittimità in assenza di un'espressa previsione legislativa v., soprattutto, F. Saitta, *Commento dell'art. 36*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 863 ss.; A. Crosetti, *Commento dell'art. 36*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2004, 434 ss.; G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, 580 ss.; V. Milani, *Commento dell'art. 36*, in S. Battini – L. Casini – G. Vesperini – C. Vitale, *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, 1397 ss.; V. Brigante, *Accertamenti di conformità: tracce di una controversa evoluzione*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 173 ss.

[2] Una prima ipotesi era prevista dalla legge 28 gennaio 1977, n. 10 (cd. legge Bucalossi), art. 15, che limitava il permesso in sanatoria ai casi di annullamento della concessione edilizia e di varianti non essenziali.

[3] L'art. 36 del testo unico dell'edilizia denomina l'istituto come «accertamento di conformità», che va considerato come la “condicio iuris” per l’emanazione del permesso in sanatoria. In altre parole, l'accertamento di conformità costituisce “l'atto di valutazione tecnico-giuridica della rispondenza dell'intervento realizzato alla disciplina urbanistico-edilizia vigente, su cui si deve fondare il titolo abilitativo de quo”, con l'effetto della “configurazione del permesso in sanatoria come provvedimento vincolato” rispetto all'accertamento di conformità: così G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, cit., 586-587.

[4] Per questa via la sanatoria edilizia si pone a metà strada tra il permesso di costruire e il condono edilizio. Rispetto al titolo abilitativo *ex ante*, la sanatoria edilizia si differenzia non solo per l'obbligo della doppia conformità, ma anche sul piano dell'onerosità per il pagamento del contributo di costruzione maggiorato a titolo di oblazione. Dal punto di vista procedimentale rilevante è anche il distinto significato attribuito dalla legge all'inerzia della p.a. rispetto all'istanza del privato, in quanto nel caso del procedimento di rilascio del permesso di costruire il silenzio vale assenso, mentre la mancata pronuncia sull'istanza di sanatoria edilizia è qualificata come silenzio diniego (sul punto rileva l'ordinanza del Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 22 luglio 2021, n. 8854, di remissione alla Corte costituzionale di questione di legittimità, segnalata da M.A. Sandulli, *Addenda 2021 a “Principi e regole dell'azione amministrativa”*, in www.giustiziainsieme.it, 2 settembre 2021). Rispetto al condono edilizio la sanatoria si differenzia perché si tratta di un istituto generale e permanente, mentre il condono ha carattere temporaneo ed eccezionale e vale a regolarizzare opere abusive insanabili, su cui v. *infra* par. 4. Il criterio della doppia conformità tipizzato dalla legge con l'istituto dell'accertamento di conformità ha suscitato la questione della sopravvivenza di un'ulteriore ipotesi di sanatoria, cd. impropria o giurisprudenziale, che richiederebbe la sola conformità dell'opera abusiva alla disciplina vigente al momento del rilascio del titolo abilitativo. Ipotesi che denota la *vis expansiva* dell'istituto in nome dei principi di buon andamento, ragionevolezza ed economicità dell'azione amministrativa, ma che appare recessiva in ragione del preciso modello impresso dal legislatore e, dunque, in ossequio al principio di legalità (per tutti, v. A. Travi, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere abusive: un istituto che non convince*, in *Urb e app.*, 2007, 339 ss.).

[5] Per un'analitica descrizione della situazione normativa attuale in termini di «tutele parallele e concorrenti», a seconda cioè delle intersezioni o meno della disciplina (generale) relativa al governo del territorio con quelle (speciali) per la tutela dell'ambiente, si rinvia, tra gli altri, a F. Salvia – C. Bevilacqua, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2017, 257 ss.; G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, cit., 877 ss.; A. Crosetti, *Le tutele differenziate*, in A. Crosetti – R. Ferrara – F. Fracchia – N. Olivetti Rason, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018, 271 ss.; Id., *Il rapporto autorità-libertà nei modelli di tutela dell'ambiente*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 358 ss.; P. Chirulli, *I rapporti tra urbanistica e discipline differenziate*, in F.G. Scoca – P. Stella Richter – P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, I, Torino, 2018, 20 ss. Il problematico confronto non è solo “esterno” nei rapporti tra la disciplina generale e quella/e speciale/i, perché possono verificarsi situazioni di conflittualità “interna” nel confronto tra discipline speciali (ad es. tra la tutela del paesaggio e la promozione di fonti energetiche rinnovabili, come nel caso dell'installazione di pale eoliche su dorsali collinari vincolati), su cui vale la felice metafora della “lotta tra giganti dai piedi di argilla” formulata da F. Salvia, *Emergenza e tutela ambientale*, in P. Dell'Anno – E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente. Tutele parallele norme processuali*, III, Padova, 2015, 17 ss. Il sistema multiplo delle tutele evoca anche la questione istituzionale, su cui rileva la considerazione di R. Ferrara, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la “precauzione inutile”?*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 63, secondo il quale si tratta di categorie «troppo spesso costruit[e] come semplici paraventi con i quali schermare il caos irrisolto delle relazioni intersoggettive fra lo Stato ed il sistema delle autonomie territoriali». Sottolinea che tra le tutele differenziate quella del paesaggio costituisca una delle espressioni più concrete ed emblematiche del pluralismo istituzionale ed amministrativo A. Crosetti, *Paesaggio e natura: la governance in uno Stato multilivello*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato di diritto*

dell'ambiente. *La tutela della natura e del paesaggio*, III, Milano, 2014, 163; similmente P. Marzaro, *Epistemologie del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 865.

[6] Si tratta dei parchi nazionali: Gran Paradiso, r.d.l. 3 dicembre 1922, n. 1584; Abruzzo, r.d. 11 gennaio 1923, n. 257; Circeo, legge 25 gennaio 1934; Stelvio, legge 24 aprile 1934, n. 740. Nel senso che i parchi di prima generazione erano posti “a presidio di un interesse specifico la cui realizzazione determina la neutralizzazione degli interessi che non ricadono nelle finalità di conservazione della natura”, G.F. Cartei, *La disciplina del paesaggio tra conservazione e fruizione programmata*, Torino, 1995, 37. In dottrina, peraltro, si sottolinea che l'approccio di tipo statico e vincolistico sotteso alla legislazione iniziale dei parchi appare, più che funzionale a un obiettivo primario ed esclusivo di tutela della natura, “soprattutto come un'operazione di supporto economico alle iniziative turistiche” (U. Leone, *Nuove politiche per l'ambiente*, Roma, 2002, 192-193. Per analoghe considerazioni v. A. Cederna, *La distruzione della natura in Italia*, Torino, 1975, 30 ss.).

[7] Corte cost., 15 luglio 1994, n. 302, in *Giur. cost.*, 1994, 2589.

[8] C.A. Graziani, *Le ragioni del convegno*, in Id. (a cura di), *Le aree protette e la sfida della biodiversità, Atti del XV Convegno annuale del Club dei Giuristi dell'Ambiente (Pescasseroli, 14 settembre 2013)*, Roma, 2018, 13. Ancora, secondo l'Autore (Id., *Le aree naturali protette*, in N. Ferrucci, a cura di, *Diritto forestale e ambientale. Profili di diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2020, 137, “i parchi rappresentano dei veri e propri laboratori in cui anche per gli esseri umani si sperimentano modelli di vita nel segno dell'armonia con la natura. Dimostrare che oggi è ancora possibile uno sviluppo diverso, non più aggressivo nei confronti della natura, ma in armonia con essa: è questa la grande missione affidata ai parchi”. Peraltro, l'Autore denuncia la deriva economicistica cui si ispirano i più recenti disegni di legge di riforma della legge-quadro, “segno di una visione aridamente mercantile del territorio, perfino delle aree più sensibili”, p. 143).

[9] Nel senso che la presenza di un ente di scopo e la sua peculiare strutturazione garantiscano l'obiettivo della “quadratura del cerchio” in quanto le decisioni sono assunte “dagli organi preposti al perseguimento degli interessi protezionistici, ma sempre sulla base di una concordanza espressa con aspettative e finalità rappresentate dalla comunità locale”, D. Borgonovo Re, *Parchi naturali e regionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 600; in senso sostanzialmente positivo anche C. Desideri, *Alla ricerca dell'ente parco*, in C.A. Graziani (a cura di), *Un'utopia istituzionale. Le aree naturali protette a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2003, 66. Per la qualificazione dell'ente parco come organo misto, nell'accezione di forma di cooperazione strutturale Stato-regioni-enti locali, in attuazione del principio di leale collaborazione, v. G. Sciullo, *Pianificazioni ambientali e pianificazioni territoriali nello Stato delle autonomie*, in F. Bassi – L. Mazzaroli (a cura di), *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, Torino, 2000, 24-25. Sottolinea il delicato equilibrio tra la componente tecnico-scientifica e quella politica nella gestione del parco, di cui evidente espressione è data dalla composizione degli organi dell'ente parco, G. Cordini, *Aree protette vent'anni dopo. L'attuazione “profonda” della legge n. 394/1991*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011, 29 ss., il quale denota negativamente il progressivo espandersi della politica, con l'effetto di erodere l'impostazione originaria della legge quadro della protezione integrale della natura. Esprime rilievi critici verso l'assetto organizzativo delineato dalla legge 394/91, in quanto “espressione di un principio tecnocratico e non democratico” e in cui è rinvenibile “un così massiccio spostamento di potere a favore di entità tecniche e a discapito delle collettività locali”, B. Caravita, *Potenzialità e limiti della recente legge sulle aree protette*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, 10-11. Il dato organizzativo è, peraltro, tutt'altro che assestato: si veda il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 73, di riordino degli enti parco, che ha modificato, tra l'altro, la composizione del consiglio direttivo nella direzione del ridimensionamento della componente scientifica, su cui si rinvia alle considerazioni critiche di C.A. Graziani, *Le aree naturali protette*, cit., 144.

[10] Cons. Stato, ad. plen., 8 giugno 2016, n. 17, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 742.

[11] Corte cost., 29 dicembre 2004, n. 429, in *Foro it.*, 2005, 1311.

[12] *Ex pluribus*, Corte cost., 6 luglio 2020, n. 134, in *Foro amm.*, 2021, 13; 27 dicembre 2019, n. 290, in *Giur. cost.*, 2019, 3292; 16 luglio 2019, n. 180, in *Giur. cost.*, 2019, 2102; 13 giugno 2018, n. 121, in *Giur. cost.*, 2018, 1359; 11 febbraio 2011, n. 44, in *Foro amm. CdS*, 2011, 3045; 18 marzo 2005, n. 108, in *Foro amm. CdS*, 2005, 679.

[13] La preclusione del rilascio del permesso di costruire in sanatoria in caso di vincolo paesaggistico e in assenza di previa autorizzazione paesaggistica (salvi i limitati casi di autorizzazione postuma) è affermazione ricorrente in giurisprudenza: *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5203, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 368; Tar Campania, Napoli, sez. III, 3 maggio 2001, n. 2925, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 21 gennaio 2010, n. 268, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[14] Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Foro it.*, 2005, 327; Corte cost., 10 maggio 2002, n. 174, in *Giur. cost.*, 2002, 1421; Corte cost., 12 settembre 1995, n. 427, in *Giur. cost.*, 1995, 3333; Corte cost., 28 luglio 1995, n. 416, in *Giur. cost.*, 1995, 2978; Corte cost., 31 marzo 1988, n. 416, in *Foro it.*, 1989, 3383.

[15] Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, cit.

[16] La disposizione non viola infatti il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni in materia di «governo del territorio», in quanto, per consolidata giurisprudenza costituzionale, il legislatore regionale può adottare una disciplina più rigorosa e restringere l'ambito applicativo del condono.

[17] La questione della rilevanza del vincolo sopravvenuto alla realizzazione di un'opera urbanisticamente abusiva è stata già affrontata dai giudici amministrativi, da altra visuale: il procedimento congegnato dall'art. 32 legge 47/1985 che implica il parere favorevole dell'amministrazione titolare di interesse sensibile ha suscitato la questione se l'amministrazione comunale competente a esaminare l'istanza di condono edilizio debba richiedere il suddetto parere anche in caso di sopravvenienza di un vincolo di protezione dell'area interessata. Questione su cui la giurisprudenza amministrativa si è divisa al punto da richiedere la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (dec. 22 luglio 1999, n. 20, in *Foro amm.*, 1999, 1423), la quale ha affermato che “in mancanza di indicazioni univoche desumibili dal dato normativo”, la questione deve essere risolta privilegiando la normativa “vigente al tempo in cui la funzione si esplica (*tempus regit actum*)”, ossia quella di controllo edilizio in sede di esame della domanda di condono, essendo la più idonea alla “cura del pubblico interesse, in che si concreta la pubblica funzione”. Ha poi aggiunto che, “[q]uanto alla preoccupazione che siffatta soluzione esporrebbe il singolo caso, in violazione del principio di certezza del diritto e di non disparità di trattamento, alla variabile alea dei tempi di decisione sull'istanza, [...] l'ordinamento appresta idonei strumenti di sollecitazione e, se del caso, di sostituzione dell'Amministrazione inerte”.

[18] Corte cost., 30 luglio 2021, n. 181, in *www.giurcost.it*.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1559 - 24 febbraio 2021

L'estinzione del processo non estingue l'azione. Rinuncia agli atti e rinuncia all'azione nel processo amministrativo (nota a TAR Lazio – Sez. Terza Ter sentenza del 04.11.2020 n. 11408).

di Stefania Caggegi

Sommario: 1. Premessa - 2. “*La rinuncia al ricorso*” ex art. 84 c.p.a e la rinuncia all'azione amministrativa. - 3. L'effetto sulla sfera sostanziale, quale *discrimen* tra rinuncia agli atti e rinuncia all'azione. 3.1. Giurisprudenza richiamata e decisione del TAR Lazio. 4. Considerazioni conclusive. Dicotomia solo concettuale in ambito amministrativo?

1. Premessa.

La sentenza in commento affronta un tema suggestivo ed interessante, fondamentalmente inscritto nel quadro della nota e discussa dicotomia rinuncia agli atti/rinuncia all'azione.

Nella fattispecie in esame, il Collegio respinge un'eccezione di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse, proposta dalla parte resistente per aver la ricorrente rinunciato – nel corso di un differente giudizio – all'atto di intervento *ad adiuvandum* (da valere anche con ricorso autonomo) ivi depositato ed avente ad oggetto la medesima pretesa fatta valere nel giudizio che ha generato la pronuncia in commento.

Nel respingere tale eccezione, il TAR si sofferma a verificare gli effetti della rinuncia agli atti, richiamando la disciplina codicistica applicabile, nonché la giurisprudenza più rilevante che, nel corso degli anni, ha ribadito il principio – sancito, peraltro, a chiare lettere dall'art. 310 c.p.c. - secondo il quale la rinuncia agli atti processuali non va confusa con la rinuncia all'azione.

Seppure in modo sintetico, come impone il carattere del presente scritto, saranno oggetto di analisi gli effetti sostanziali e le ricadute processuali dei due diversi tipi di rinuncia in seno al processo amministrativo, al fine di meglio valutarne i risvolti in merito alla permanenza tanto dell'interesse quanto della legittimazione ad agire, in sede di impugnativa di provvedimenti amministrativi che incidano sulla medesima pretesa sostanziale.

A tal proposito, occorre preliminarmente chiarire che la rinuncia agli atti, propria dei procedimenti giurisdizionali ad iniziativa di parte come il processo amministrativo[1], è un atto con cui il ricorrente dichiara di abbandonare la situazione giuridica processuale fatta valere nell'ambito della domanda proposta in sede di giudizio[2]; in quanto causa di estinzione del processo nel suo significato formale[3], essa è, invero, tradizionalmente distinta dalla rinuncia all'azione, definita come un "*modo improprio per designare la rinunzia al diritto sostanziale sottostante*"[4].

Si tratta di due istituti disciplinati dal codice di rito civile, a differenza di quello amministrativo ove il legislatore si è limitato a codificare solo l'istituto della rinuncia agli atti. Non si tratta di una lacuna, ma, evidentemente di una scelta, accompagnata dal rinvio esterno posto dall'art. 39 c.p.a. al codice di procedura civile. Ed infatti, ciò non impedisce – superando taluni dubbi espressi in dottrina[5] ed in giurisprudenza[6] – che tale distinzione sia applicabile anche al processo amministrativo[7], quanto meno dal punto di vista concettuale, nei termini di cui si dirà in sede conclusiva.

2. “La rinuncia al ricorso” ex art. 84 c.p.a e la rinuncia all'azione amministrativa.

Come accennato in premessa, nel processo civile i due distinti concetti di rinuncia all'azione e rinuncia agli atti vengono previsti agli artt. 306 ss. c.p.c.[8]; di converso, nel codice del processo amministrativo è stato trasposto e regolamentato esclusivamente l'istituto della rinuncia al ricorso, intesa come rinuncia agli atti di causa. Originariamente prevista dall'art. 30 del R.D. n. 6516/1899 e poi dall'art. 46 del R.D. n. 642/1907, è stata, infatti, normata dal legislatore del 2010 all'art. 84 del codice del processo amministrativo, a mente del quale "*la parte può rinunciare al ricorso in ogni stato e grado del giudizio*"[9].

Il comma 2 del predetto art. 84 introduce, poi, un'importante novità in tema di spese processuali, rispetto alla previsione della condanna obbligatoria del rinunciante (ad eccezione dell'ipotesi in cui le parti si fossero accordate per la compensazione) sancita nella precedente disciplina del R.D. del 1907[10]: è, infatti, prevista la possibilità che il Collegio decida di compensarle "*avuto riguardo ad ogni circostanza*". Tale previsione, ha di fatto eliminato uno degli ostacoli più significativi all'utilizzo dell'istituto della rinuncia, cui le parti evitavano di ricorrere, anche nelle ipotesi in cui sarebbe stato opportuno, facendo ricorso alla dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse, spesso resa all'udienza di merito, in quanto atto idoneo a realizzare il medesimo obiettivo cui è preordinata la rinuncia al ricorso, ma spesso, a spese compensate[11].

Restano sostanzialmente immutate le modalità di esternazione della rinuncia[12], proposta mediante dichiarazione resa in udienza dal difensore – munito di mandato speciale – e documentata nel relativo verbale, oppure sottoscritta dalla parte o dal difensore – sempre munito di mandato speciale -, notificata alle altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza e depositata in segreteria^[13].

Ai sensi del comma terzo, alla rinuncia ritualmente presentata e qualora le altre parti interessate non abbiano interposto opposizione[14], segue l'estinzione del processo.

Gli effetti, dal punto di vista sostanziale e processuale, ove si pervenga a siffatto esito estintivo, sono previsti dall'art. 310 c.p.c. - applicabile al processo amministrativo, come si anticipava, per effetto del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. – la cui lettera irrompe affermando in maniera concisa e puntuale che “*l'estinzione del processo non estingue l'azione*”.

Nella pronuncia in commento, pertanto, il Collegio richiama tale disposizione, in quanto certamente applicabile e ribadisce che la stessa va interpretata nel senso che la pretesa sostanziale che costituiva l'oggetto del processo estinto rimane integra ossia non pregiudicata dall'estinzione. Ciò significa che, se non è intervenuta una decadenza, l'azione per far valere quella pretesa può essere riproposta mediante altro successivo processo: il ricorrente, dunque, può rinunciare agli atti senza rinunciare alla pretesa sostanziale[15].

Dunque, *nulla quaestio* circa la possibilità di riproporre il ricorso in precedenza rinunciato.

Ma le possibilità del rinunciante non si esauriscono qui: egli può anche riproporre le medesime censure già svolte, dedurre tutto ciò che è deducibile a miglior difesa della sua sfera giuridica.

Difatti, come si è avuto già modo di appurare, il rinunciante (ora ricorrente) non ha compiuto alcun atto abdicativo dell'azione ovvero del titolo della domanda, sicché l'identità delle censure rispecchierebbe solo ed esclusivamente un'ipotesi di identica illegittimità dei provvedimenti lesivi.

Deve, peraltro, aggiungersi che la rinuncia può riguardare anche solo il ricorso per motivi aggiunti, senza alcun effetto sul giudizio introdotto con il ricorso principale.[16]

3. L'effetto sulla sfera sostanziale, quale *discrimen* tra rinuncia agli atti e rinuncia all'azione.

È stato precisato in giurisprudenza che, nella differenza tra rinuncia agli atti e rinuncia all'azione, è rilevante la caratterizzazione delle ragioni che sottendono tale comportamento, nel senso che, ove manchi una esplicitazione delle ragioni sostanziali sottese al comportamento di rinuncia, questa deve ritenersi mera rinuncia agli atti, e viceversa, nel caso in cui le ragioni siano state dettagliate in ragione della pretesa sostanziale originariamente azionata[17].

Che il *discrimen* sia rintracciabile negli effetti che tanto la rinuncia agli atti, quanto la rinuncia all'azione producono sulla sfera sostanziale, è acquisizione ormai pacifica della giurisprudenza, a tenore della quale gli effetti applicativi della normativa di cui all'art. 310 c.p.c. determinano l'assoluta “*inidoneità della pronuncia di estinzione per rinuncia agli atti ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere, potendo essa acquisire tale efficacia di giudicato sul solo aspetto del venir meno dell'interesse alla prosecuzione di quel determinato processo*”[18].

Ciò in quanto, “*l'efficacia abdicativa in ordine all'effetto sostanziale della decisione di merito, preclusiva del potere delle parti di chiedere al giudice una nuova decisione sulla stessa controversia, va riconosciuta soltanto*

ad un atto che possa essere interpretato come rinuncia anche al giudicato, in quanto estesa alla sentenza già emessa ed alle sue conseguenze”[19].

Il TAR, nella pronuncia in commento, richiama questo ulteriore aspetto, specificando che, nel caso oggetto di giudizio, la ricorrente “*non risulta aver rinunciato alla pretesa sostanziale (ovvero al “bene della vita” al quale aspira), ma solo agli atti del giudizio*”.

Del resto, non trascurabili, anche in ragione della rilevata natura meramente processuale della pronuncia declaratoria dell’estinzione del processo, sono gli effetti della stessa sui c.d. stabilizzatori di diritto sostanziale, ossia sulla prescrizione e sulla decadenza[20].

Ed è proprio in ragione della più marcata incidenza che determina la rinuncia all’azione sulla pretesa sostanziale sottesa che questa può essere anche tacita, mentre la rinuncia agli atti deve essere espressa, di contro la rinuncia all’azione non richiede ai fini del suo perfezionamento l’accettazione della controparte,^[21] perché estinguendo l’azione stessa, ha l’efficacia di un rigetto nel merito della domanda[22].

3.1. Giurisprudenza richiamata e decisione del TAR Lazio.

Il Collegio richiama la costante e risalente giurisprudenza a tenore della quale, mentre la rinuncia all’azione incide sul diritto e quindi preclude ogni ulteriore tutela giurisdizionale, la rinuncia agli atti agisce solo sul processo, la cui estinzione lascia salvo l’esercizio dell’azione in un nuovo processo[23].

Da ultimo, il Consiglio di Stato – richiamato anche questo a fondamento della pronuncia in commento -, tornando sul tema, ha ribadito che “*nel processo amministrativo, la rinuncia alla domanda non va confusa con la rinuncia agli atti del giudizio atteso che, nel caso di rinuncia agli atti del giudizio, si può parlare di estinzione del processo, cui consegue una pronuncia meramente processuale, potendo essere la domanda riproposta nel caso in cui siano ancora aperti i termini per far valere in giudizio la pretesa sostanziale. Viceversa, la rinuncia all’azione comporta una pronuncia con cui si prende atto di una volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio, con la conseguente inammissibilità di una riproposizione della domanda; in quest’ultimo caso non vi può essere estinzione del processo, in quanto la decisione implica una pronuncia di merito, cui consegue l’estinzione del diritto di azione, atteso che il giudice prende atto della volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta nel processo*”.[24]

Pertanto, dopo un ricco *excursus* giurisprudenziale che individua gli elementi di differenziazione tra rinuncia agli atti e rinuncia all’azione, il TAR Lazio conclude agevolmente che la rinuncia operata dalla ricorrente nel differente giudizio, vertente sulla medesima pretesa sostanziale, non risulta ostativa alla possibilità di decidere la controversia nel merito, non essendo intervenuta alcuna decadenza nella proposizione dell’azione impugnatoria ed avendo parte ricorrente espressamente ribadito l’interesse alla decisione nel merito.

4. Considerazioni conclusive. Dicotomia solo concettuale in ambito amministrativo?

In virtù di quanto evidenziato nel corso della trattazione pare, dunque, potersi desumere che l’unica circostanza impeditiva della tutela di una pretesa sostanziale, la cui attivazione processuale sia stata in precedenza rinunciata, sia rinvenibile nell’intervento di una decadenza.

Come, del resto, pare poter assurgere a conclusione “pacifica” e oramai consolidata l’applicabilità della distinzione tra rinuncia agli atti e rinuncia all’azione nel processo amministrativo.

Sicché, nel caso di specie, il Collegio ha potuto richiamare ed applicare tale disciplina, in ragione del fatto che la parte – prima rinunciante e poi ricorrente – fosse ancora in termini.

Qualche dubbio potrebbe sorgere forse sull’aspetto pratico dell’applicabilità della distinzione tra rinuncia agli atti e rinuncia all’azione, così come prevista dal c.p.c. ed elaborata dalla dottrina processualcivilistica, al settore amministrativo.

Il processo amministrativo, infatti, presenta non trascurabili peculiarità rispetto a quello civile, che incidono sulla nettezza della distinzione di cui trattasi, prima fra tutte la circostanza che l’azione tipica, posta quale baluardo della tutela degli interessi legittimi è l’azione di annullamento, che, come è noto, può essere azionata solamente nel termine perentorio decadenziale di 60 giorni. Quindi, in molti casi, difficilmente – da un punto di vista prettamente pratico – un soggetto può instaurare un giudizio, poi rinunciarvi e successivamente riproporlo, senza incorrere nella scadenza del termine previsto per il consolidamento del provvedimento amministrativo lesivo. Ne discende che la dicotomia rinuncia agli atti/rinuncia all’azione - per quanto opportunamente richiamata a fini decisori nella pronuncia in commento e certamente calzante all’oggetto del giudizio esaminato dal Collegio - parrebbe avere, nell’ambito del giudizio amministrativo instaurato a seguito di azione di annullamento, una valenza assai limitata, maturando comunque una condizione di definitività in termini di inoppugnabilità del provvedimento in ragione della scadenza del breve termine perentorio prescritto. Ciò, a ben guardare, in una certa qual misura comporta una sorta di equiparazione *quoad effectum* tra i due istituti. Siffatta conclusione non sembra essere inficiata dall’art. 30, comma 2 c.p.a., il quale, pur ammettendo un’autonoma azione di risarcimento danni, prevede anche in questo caso un termine decadenziale, di 120 giorni, significativamente breve^[25].

[1] Espressione tratta da A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. CARNELUTTI, Napoli 1963; si veda anche successivamente A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

[2] In questo senso: M.T. LIEBMANN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano 1968,1,203; A. SALETTI, voce *Estinzione del processo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1994,3.

[3] F. BENVENUTI, voce *Estinzione del processo* (dir. Amm.), in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 949.

[4] C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2013, 395.

[5] A tal proposito, N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano 2011, 302, dove si afferma che <<se tuttavia si assegna alla rinuncia anche la valenza di accettazione dell’assetto degli interessi così come riflesso nella situazione che aveva portato all’instaurazione dell’originario contenzioso, potrebbe inferirsene una sorta di effetto positivo che metterebbe i resistenti al sicuro da eventuali [...] ritorni di fiamma del ricorrente rinunciatario>>; in senso analogo anche E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano 2008, 364.

[6] Cfr. CGARS, 9.08.2010, n. 1081, a tenore della quale <<nel giudizio amministrativo la rinuncia è espressione del potere della parte di disporre del diritto di azione>>; in senso analogo: TAR Basilicata, sez. I, 08.06.2011 n. 351, in *giustiziaamministrativa.it*.

[7] In dottrina, A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., 248, per il quale è problema di interpretazione se alla dichiarazione di rinuncia (resa in udienza o depositata) debba essere attribuito il significato di “rinuncia agli atti” o “rinuncia all’azione”, così citata da S.MORO, in *Il Codice del processo amministrativo*, a cura di B. SASSANI E R. VILLATA, Torino, 2012, 1159;

sempre in senso favorevole all’applicabilità della distinzione tra rinuncia agli atti e rinuncia all’azione nel processo amministrativo, si veda: V. CANAIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 629; C. MIGNONE, *Il giudizio di primo grado*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, Bologna, 2005, 628; L. PERFETTI, *Sub art. 25*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO – R. VILLATA, Padova 2009, 841-842; A. POLICE, *Estinzione del processo*, in *Giustizia Amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Padova, 2009, 469;

in giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. VI, 24.02.2005 n. 675; TAR Puglia – Bari, sez. I, 13.10.2004, n. 4444;

sulla disciplina in generale si veda anche: E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966.

[8] G. MANDRIOLI A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, Torino 2013, 236; A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Milano 1984; A.CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del cod. di proc. Civ.*, diretto da E. ALLORIO, II, I, Torino, 1980; P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1929; G. CHIOVENDA, *L’azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna 1904; per un approfondimento specifico sul tema dell’estinzione del processo per rinuncia agli atti: R.VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano 1989, 960; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol.II, Milano 1997, 329; S. LA CHINA, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano 2003; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano 2011, 247.

[9] Con riferimento al potere di rinunciare agli atti del giudizio, come espressione del carattere soggettivo dell’interesse fatto valere dal ricorrente e della piena disponibilità dell’azione proposta si veda: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 231;

[10] Cfr., precedentemente all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, Cons. St., Sez. V, 17.09.2010, in *giustizia-amministrativa.it*.

[11] In tal senso: G. VIRGA, *Il regime delle opposizioni avverso i decreti ex art. 9 della L. n. 205/2000 e delle spese di giudizio nel caso di rinuncia al ricorso*, in *Giustamm.it*, 2, 2001; più di recente, in senso analogo: R. GAROFOLI, in *Codice Amministrativo Ragionato*, Nel Diritto Editore - 2018;

[12] Per quanto attiene alla modalità di presentazione della rinuncia a norma dell’art. 84 c.p.a., cfr. Cons. St., Sez. VI, 9.12.2008 n. 6098, in *giustizia-amministrativa.it*.

[13] Il *dies ad quem* è stato introdotto dal legislatore del 2010 e attiene al solo atto formale di rinuncia, ma non preclude che la rinuncia avvenga con dichiarazione resa in udienza, in questo senso: R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 410.

[14] Nella vigenza dell’art. 46 del R.D. n. 642/1907 era pacifico che la rinuncia non richiedeva l’accettazione delle controparti, mentre l’art. 84 c. 3 c.p.a. dispone che il processo non si estingue se le parti “si oppongono”: per un’approfondita analisi dell’opposizione delle controparti alla rinuncia si rinvia a S.MORO, in *Il Codice del processo amministrativo*, a cura di B. SASSANI E R. VILLATA, op. cit., 1182 – 1186 nonché alle note ivi inserite;

[15] In questo senso, F. BENVENUTI, voce *Parte* (dir. Amm.), in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano 1981, 970.

[16] Cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 9.08.2010 n. 1073, cit. anche in: A. QUARANTA, V. LOPILATO, *Il Processo Amministrativo. Commentario al D.Lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, 634;

[17] Cfr. Trib. Reggio Calabria, 25.09.2002, in G. S. RICHTER E P.S. RICHTER, *La giurisprudenza sul Codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, a cura di P.DI RIENZO, O. FANELLI, S. LA SPADA, E. MANDANELLI, S. PICCOLI, A. TULLIO, libro II, tomo I, Milano 2006, 934.

[18] Corte di Cassazione Civile, Sez. I, 23.11.2015, n. 23867, in *jusexplorer.it*.

[19] Cass. Civ., Sez. II, 16.03.2017, n.6845, in *jusexplorer.it*.

[20] Per un'accurata analisi sugli effetti dell'estinzione su prescrizione e decadenza, si rinvia a: AA.VV., *Commentario al codice di procedura civile, artt. 163 -322*, a cura di P. CENDON, Milano 2012, 1941; per un'analisi più specifica degli effetti sulla prescrizione, arricchita da corposa giurisprudenza, si veda: *La giurisprudenza sul Codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, op.cit., 991.

[21] Cass. Civ., Sez. II, 07.06.1991 n. 6450; più di recente: Cass. Civ., sez. II, 10.09.2004 n. 18255, in *jusexplorer.it*; in tema di accettazione, in dottrina, tra gli altri, F. VOLPE, *La rinuncia al giudizio non vuole accettazione, la dichiarazione di mancanza dell'interesse sì*, n. 8/2008, in *lexitalia.it*; più in generale si veda già C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2007, 213;

[22] Cass. Civ., Sez. II 13.03.1999 n. 2268, in *jusexplorer.it*.

[23] Cass. Civ., Sez. Lavoro, 13.03.1999, n.2268, in *jusexplorer.it*.

[24] Consiglio di Stato, sez. III, 21.06.2017, n.3058 (conforme: CdS, Sez. III 22.08.2018 n.5014) in *giustizia-amministrativa.it*.

[25] In tal senso si veda: A. TRAVI, *Nota Ad. Pl. 24 giugno 2004 n. 8*, in *Foro.it*, IV, 2004, 949.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2002 – 28 ottobre 2021

Premesse alla lettura della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza, 20 ottobre 2021 n. 7045 sull'obbligo vaccinale.

di Stefania Caggegi

Indice: 1.- Premessa; 2.- Le coordinate di riferimento costituzionali: diritto alla salute e dovere di solidarietà; 3.- Le prime pronunce del giudice amministrativo sull'obbligo vaccinale anti covid-19; 3.1. (segue) in particolare: la sentenza Consiglio di Stato Sez. III, 20.10.2021 n. 7045.

1. Premessa.

L'avvenuta introduzione nel nostro ordinamento dell'obbligo di possesso ed esibizione della certificazione verde Covid-19 per accedere ai luoghi pubblici e da ultimo a quelli di lavoro [1] e la prospettata (seppur non attuata) introduzione dell'obbligo vaccinale generalizzato[2], hanno fatto tornare in voga nel nostro paese un dibattito giuridico che sembrava essersi esaurito negli anni '90, quando la Corte Costituzionale si era occupata di affermare la legittimità dell'obbligo di vaccinazione contro il polio.

Ovviamente le due misure citate (certificazione verde e vaccinazione), seppur finalizzate al medesimo scopo di contrasto e/o contenimento della pandemia da Covid 19, hanno natura diversa.

Il meccanismo del c.d. green pass, prevede l'obbligo di possesso ed esibizione dell'attestazione per accedere ai luoghi pubblici e di lavoro, e si acquisisce alternativamente o tramite la vaccinazione, o tramite la sottoposizione ad un tampone rapido o per periodo

limitato a seguito di guarigione da infezione, tutelando così la scelta dell'individuo di non sottoporsi a vaccinazione.

L'introduzione di un obbligo vaccinale generalizzato, per converso, eliminerebbe sotto questo profilo ogni possibilità di scelta.

Entrambe le misure sono state fortemente criticate muovendo dall'assunto che comporterebbero la violazione di diritti costituzionalmente garantiti, quali la libertà personale e il diritto di autodeterminazione dell'individuo; ai quali si oppongono però altri diritti e valori, sempre costituzionalmente garantiti e di non minor rilevanza, quali il diritto alla salute di cui all'art. 34 Cost., considerato nella sua duplice sfera, individuale e collettiva, nonché il generale dovere di solidarietà nei confronti della collettività di cui all'art.2 Cost. [3].

2. Le coordinate di riferimento costituzionali: diritto alla salute e dovere di solidarietà.

L'art. 32 della Costituzione recita, com'è noto, che *“la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”*.

Il legislatore costituzionale ha, dunque, da un lato riconosciuto alla salute la qualifica di diritto fondamentale dell'individuo, dall'altro lo ha indissolubilmente legato anche all'interesse della collettività [4].

La sfera individuale del diritto alla salute si sostanzia nel diritto a che nessuno leda la salute psico-fisica del soggetto ed è strettamente ricollegato anche al diritto di autodeterminazione del singolo, mentre la sfera collettiva ricollega il diritto alla salute ad un dovere di solidarietà nei confronti della collettività, che impone di preservare tale diritto anche in una prospettiva che attenga all'insieme dei consociati.

La valutazione del diritto alla salute, considerato nella sua sfera collettiva, non può che essere ancorata, dunque, al generale principio di cui all'art. 2 della nostra Costituzione, il quale da un lato riconosce e tutela i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali, dall'altro richiede ai consociati *“l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”* [5].

La richiesta di adempimento di tale generale dovere di solidarietà in tutti gli ambiti della vita del singolo, vale come principio cardine, su cui è improntata l'intera carta costituzionale, al punto che la solidarietà deve essere considerata *“la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione”* [6].

Ed è proprio considerare questo dovere di solidarietà come un qualcosa di inderogabile, al pari del riconoscimento dei vari diritti costituzionalmente tutelati, che consente all'osservatore di scorgere la concreta rilevanza, quasi palpabile, del diritto alla salute collettiva.

In presenza di un eventuale imposizione di un obbligo vaccinale generalizzato, o più in generale di trattamenti sanitari che mirano ad evitare il propagarsi di contagi, l'obbligo

imposto è inevitabilmente finalizzato al più alto interesse di tutela dell'intera comunità, cui in adempimento del dovere di solidarietà collettiva ogni consociato deve tendere e che in ragione di ciò giustifica la soccombenza del diritto di scelta del singolo individuo.

Tale ragionamento applicato alla materia oggetto di trattazione porta a concludere che sia proprio su questo dovere di solidarietà che si fonda l'intero impianto giuridico che giustificerebbe l'imposizione dell'obbligo vaccinale anti covid 19, a maggior ragione in una situazione di emergenza pandemica, come quella a cui ancora oggi assistiamo, che mette (e che ha messo) seriamente a rischio la collettività tutta [7].

Qualunque materia tocchi più valori costituzionalmente sanciti e tutelati determina la necessità che gli stessi siano bilanciati e l'inevitabile soccombenza di alcuni in favore di altri.

In materia di obbligo vaccinale [8], come detto, viene in rilievo l'art. 32 Cost. che postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti od accettati) con il coesistente e reciproco diritto alla salute della collettività.

A tal proposito, come anticipato in premessa, tocca scomodare risalente - ma evidentemente non risolutiva - giurisprudenza costituzionale. Difatti, già nel 1990 la Corte Costituzionale [9], nell'occuparsi dell'equa indennità dovuta dallo Stato per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, aveva avuto modo di esprimersi in merito al contemperamento dei valori interessati dall'imposizione di un obbligo vaccinale, affermando che *“l'imposizione ex lege di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, e purché esso non incida negativamente - salvo che in misura temporanea e tollerabile - sullo stato di salute del soggetto”*, ciò in quanto è proprio lo scopo di preservare lo stato di salute degli altri che, in quanto attinente alla salute come interesse della collettività, giustifica la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale.

Da lì in poi, la giurisprudenza costituzionale è stata sempre ferma nel riconoscere come l'art. 32 esiga l'inevitabile contemperamento degli interessi suddetti e nell'affermare la legittima imposizione dell'obbligo vaccinale, seppur a determinate condizioni, ovvero: se il prescritto trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria. [10]

Da ultimo, la Corte Costituzionale [11], nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, nella parte in cui non prevedeva l'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa anche di vaccinazioni raccomandate e non obbligatorie, ha ribadito il principio per il quale lo scopo principale deve sempre essere quello di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo e che dunque anche le terapie obbligatorie sono

costituzionalmente legittime, ancorché siano quelle raccomandate ad esprimere maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale.

Come evidenziato l'imposizione di un determinato trattamento sanitario, in questo caso del vaccino anti covid 19, impatta in maniera diretta la vita del singolo cittadino, ragion per cui il legislatore costituzionale, a chiusura dell'art. 32, specifica che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*.

Con questa disposizione viene disposta una chiara riserva di legge in materia sanitaria.

In generale, si ritiene che le materie coperte da riserva di legge possano essere disciplinate non solo dalla legge formale, ma anche da quegli atti normativi dell'esecutivo aventi forza o valore di legge e che quindi un decreto legge possa regolare legittimamente materie coperte da riserva di legge in quanto i contenuti del decreto vengono incorporati, in caso di conversione, in una legge formale del parlamento.[12]

Per la materia sanitaria il discorso è certamente più complesso, in quanto da un lato l'esercizio del potere legislativo deve essere preceduto e sorretto dalle risultanze della scienza [13], dall'altro appare più comprensibile il dubbio che l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori disposta con atti aventi forza di legge non soddisfi a pieno la riserva di legge di cui all'articolo 32 [14].

Rimane il fatto che nell'ipotesi di una imposizione di un obbligo vaccinale anti covid 19, la legittimità della formula legislativa utilizzata, avrebbe fondamento nella natura emergenziale della stessa, in quanto emanata per fronteggiare una pandemia senza precedenti [15].

3. Le prime pronunce del giudice amministrativo sull'obbligo vaccinale anti covid-19. Dall'inizio della pandemia la giurisprudenza amministrativa è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dei provvedimenti afferenti le misure di prevenzione e/o contrasto alla pandemia emanate dal governo nei vari settori, ad esempio la scuola o il sistema sanitario [16].

È interessante notare come in molte occasioni i Tribunali, nel decidere le varie controversie, abbiano colto l'occasione per richiamare i principi fondanti la legittimità dell'imposizione di un obbligo vaccinale – nei termini di cui ai precedenti paragrafi - in una prospettiva mirata a legittimare i c.d. “provvedimenti – covid 19”.

Ad esempio il Tar Lazio [17], chiamato a pronunciarsi sulla competenza statale della scelta tra terapie ammesse e non ammesse, o meglio tra trattamenti obbligatori e non obbligatori (oppure raccomandati, come nel caso dei vaccini), ha colto l'occasione per indicare esattamente l'approccio che deve accompagnare l'analisi di siffatta materia, specificando che questa impatta i principi fondamentali della materia «tutela della salute» e che la scelta in tale ambito costituisce il punto di equilibrio, in termini di bilanciamento tra valori parimenti tutelati dalla Costituzione (nonché sulla base dei dati e delle conoscenze scientifiche disponibili), tra autodeterminazione del singolo da un lato (rispetto della propria integrità psico-fisica) e *“tutela della salute (individuale e collettiva)”* dall'altro lato.

Sempre il Tar Lazio [18], interpellato questa volta sulla legittimità o meno delle misure introdotte dal legislatore nell'ambito scolastico, compie un ragionamento *a contrario*, negando il prospettato diritto del personale scolastico “*a non essere vaccinato*”, affermando con rigore e già nella fase cautelare del giudizio (sintomatico di quanto consideri rilevanti tali argomentazioni), che tale “diritto” - in disparte la questione della dubbia configurazione come diritto alla salute - non ha valenza assoluta né può essere inteso come intangibile, avuto presente che deve essere razionalmente correlato e temperato con gli altri fondamentali, essenziali e poziori interessi pubblici quali quello attinente alla salute pubblica a circoscrivere l'estendersi della pandemia e a quello di assicurare il regolare svolgimento dell'essenziale servizio pubblico della scuola in presenza.

Anche il Tar Friuli Venezia Giulia [19], chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'obbligo vaccinale imposto al personale sanitario, richiama a fondamento del provvedimento la giurisprudenza costituzionale ormai cristallizzata nel ritenere legittima l'imposizione di un trattamento preventivo vaccinale, indicando quale elemento rilevante l'obiettivo di tutela della salute pubblica attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale. È doveroso aggiungere che tale pronuncia è interessante da segnalare, non solo perché – come del resto le precedenti – è stata ispirata dalle risultanze della giurisprudenza costituzionale in materia di legittima imposizione dell'obbligo vaccinale, ma anche in ragione del fatto che, partendo da tale assunto, il Collegio ha svolto un'approfondita disamina sul rapporto tra l'aspetto scientifico e giuridico della materia, arrivando ad affermare, per primo, che il vaccino anti covid 19 non può più essere considerato sperimentale da quando è stato immesso sul mercato.

Leit motiv delle sentenze in materia di obbligo vaccinale pare dunque essere il bilanciamento tra diritto alla salute inteso nella sua sfera individuale e diritto alla salute della collettività, intesa come intera comunità nazionale, ma si badi non solo nazionale.

Difatti, già nel giugno scorso, il Consiglio di Stato [20] si è pronunciato sulla rilevanza delle misure emanate dal Governo per fronteggiare l'emergenza pandemica, in quanto misure coordinate a livello europeo, allargando il concetto di “salute pubblica” ad una dimensione sovranazionale, affermandone per tale via la natura non eludibile, anche per ciò che attiene la loro decorrenza temporale, in ragione del fatto che tutte mirano “*a preservare la salute pubblica in ambito [appunto] sovra-nazionale*”.

3.1. – (segue) in particolare: la sentenza Consiglio di Stato Sez. III, 20.10.2021 n. 7045.

Tra le più recenti pronunce si segnala la sentenza della Sezione Terza Consiglio di Stato, n. 7045 dello scorso 20 ottobre [21], resa con riferimento ad altra sentenza del Tar Friuli Venezia Giulia che aveva dichiarato inammissibile il ricorso collettivo e cumulativo proposto contro gli atti con i quali le Aziende Sanitarie friulane avevano dato applicazione all'obbligo vaccinale previsto dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, conv. con mod. in l. n. 76 del 2021.

Dopo essersi pronunciato sugli aspetti processuali della causa trattata e aver ripreso e sviluppato più dettagliatamente le considerazioni svolte già dal Tar in merito all'aspetto scientifico della materia trattata, anche la Terza Sezione del Consiglio di Stato conclude che i vaccini anti covid-19 non possono essere considerati sperimentali.

Anche in questo caso, centrale nel ragionamento del giudice amministrativo è il richiamo al generale dovere di solidarietà e alla tutela del diritto alla salute inteso nella sua accezione collettiva: “*il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco,*”- si legge nella sentenza – “*è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco. Ciò non perché, come afferma chi enfatizza e assolutizza l'affermazione di un giusto valore concepito però come astratto bene, la persona receda a mezzo rispetto ad un fine o, peggio, ad oggetto di sperimentazione, in contrasto con il fondamentale principio personalista, a fondamento della nostra Costituzione, che vede nella persona sempre un fine e un valore in sé, quale soggetto e giammai oggetto di cura, ma perché si tutelano in questo modo tutti e ciascuno, anzitutto e soprattutto le più vulnerabili ed esposte al rischio di malattia grave e di morte, da un concreto male, nella sua spaventosa e collettiva dinamica di contagio diffuso e letale, in nome dell'altrettanto fondamentale principio di solidarietà, che pure sta a fondamento della nostra Costituzione (art. 2), la quale riconosce libertà, ma nel contempo richiede responsabilità all'individuo*”.

L'orientamento sino ad ora emerso in seno alla giurisprudenza amministrativa non sembra dunque mettere in dubbio che la Costituzione possa legittimare l'introduzione nel nostro ordinamento la previsione dell'obbligo vaccinale, rimanendo con ciò escluso che la stessa scelta di introdurre l'obbligo di possesso ed esibizione del green pass covid 19 in luogo di un obbligo vaccinale generalizzato possa esser stata dettata dalla paventata illegittimità costituzionale di un tale obbligo, e non piuttosto da una scelta prettamente politica.

[1] Il decreto legge 21 settembre 2021, n. 127 (“*Misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening*”- GU n.226 del 21-9-2021) ha integrato il decreto legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, inserendo dopo l'articolo 9-quater gli articoli: 9-quinques; 9-sexies; 9- septes, ai sensi dei quali è stato disposto l'obbligo di possesso ed esibizione della certificazione verde COVID-19 rispettivamente per tutti i lavoratori del settore pubblico, per tutti i magistrati nello svolgimento della loro attività all'interno degli uffici giudiziari e per i lavoratori del settore privato.

[2] Invero ad oggi disposto solo per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario dall'art. 4 del D.L. 1 aprile 2021, n. 44 (“*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*”- GU Serie Generale n.79 del 01-04-2021) convertito con modificazioni dalla L. 28 maggio 2021, n. 76 (in G.U. 31/05/2021, n. 128).

[3] Sull'impronta solidaristica dei doveri costituzionali si veda tra tutti: A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017 pp. 1 ss. Sullo specifico tema del vaccino anti covid 19: A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *dirittifondamentali* 22 maggio 2021.

[4] Si veda in proposito: M. LUCIANI, *A proposito del diritto alla salute*, in *Dir. soc.*, 1979, pp. 410 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, *ivi*, 1983, pp. 21 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002; G. SCACCIA, *Commento all'art. 32*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna 2018 pp. 214 ss.

[5] D. TEGA, *Commento all'art. 2*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2018, p. 27; E. ROSSI, *Commento all'art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006, p. 55.

[6] Corte Costituzionale, 28 febbraio 1992, n. 75.

[7] Per un'analisi approfondita del tema in relazione alla pandemia da Covid 19, si rinvia a Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti covid 19*, in *Rivista AIC* n. 3 del 30.06.2021, pp. 199 ss.; R.ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *QuestioneGiustizia* 2021. Con specifico riferimento al tema della solidarietà costituzionale, si veda, tra gli altri: B.

CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* 2020, p. 18; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, in Osservatorio Emergenza Covid-19, *Federalismi.it*. In tema di vaccinazioni si veda, tra tutti: F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, pp. 246 ss; F. GIUFFRÈ, *La Corte costituzionale in cammino: da un modello casistico all'interpretazione della solidarietà*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1978, dove già affermava: «il comportamento volontario del cittadino, che si fa carico dei rischi della vaccinazione pur non essendone legalmente obbligato, non si mostra giuridicamente indifferente di fronte ai principi dell'ordinamento costituzionale, in quanto conforme all'atteggiamento di corresponsabilità e di cooperazione civica che scaturisce dal principio di solidarietà»>>.

[8] In merito all'obbligo vaccinale in generale si veda, tra i molti: M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di «diritto fondamentale» tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, pp. 1 ss., e M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: per-corsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, pp. 455 ss.

[9] Corte Costituzionale n. 307 del 14.06.1990, Pubblicata in *G. U.* 27.06.1990; cfr. anche sentenza n. 258 del 1994, con la quale viene ripreso ed integrato il principio espresso con la sentenza n. 307/1990 cit., a sostegno della dichiarazione di inammissibili le questioni di legittimità costituzionale della l. 27 maggio 1991 n. 165 (sulla vaccinazione obbligatoria contro l'epatite virale B) e delle leggi 4 febbraio 1966 n.51, 6 giugno 1939 n. 891, 5 marzo 1963 n. 292, 20 marzo 1968 n. 419 (sulla vaccinazione obbligatoria antipolio, antidifterica, ed antitetanica) sollevate in riferimento all'art. 32 della Costituzione.

[10] Corte Cost. n. 307/1990 cit.; n. 258/1994 cit.; n. 268/2017 e n. 5/2018, come richiamate in: Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti covid 19*, cit.; si veda anche: C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, in *Giur. Cost.*, 2018, pp. 38 ss.

[11] Corte Costituzionale 23 giugno 2020 n. 118.

[12] Sulla riserva di legge in generale: cfr. R. Guastini, *Legge (riserva di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino 1994, pp. 163 ss.; F. Modugno, *Le fonti del diritto*, in *Id.* (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino 2012, pp. 109 ss.

[13] Si veda in proposito a commento della sentenza n. 5 del 2018 A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, 2018, pp. 87 ss.; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum di Quaderni costituzionali, Rassegna*, 2018, pp. 1 ss. In merito alla rilevanza delle risultanze scientifiche e alla qualifica dei trattamenti come “sperimentali o non sperimentali”, si rinvia anche a Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 10.09.2021 n. 261, con la quale il Tribunale ha affermato in merito alla vaccinazione da covid 19 che “la “sperimentazione” dei vaccini si è dunque conclusa con la loro autorizzazione all'immissione in commercio, all'esito di un rigoroso processo di valutazione scientifica e non è corretto affermare che la sperimentazione sia ancora in corso solo perché l'autorizzazione è stata concessa in forma condizionata” (sentenza appellata e confermata nel merito da: Consiglio di Stato, sez. III n. 7045 del 20.10.2021. Per un'analisi critica del tema si veda: A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC* n. 3, 2021.

[14] In tal senso si veda: A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *ForumCostituzionale.it* 26 maggio 2017.

[15] Sulla questione della legge emergenziale si veda, tra gli altri: M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3, 2020, cui si rinvia anche in riferimento alle note contenute.

[16] DECRETO-LEGGE 6 agosto 2021, n. 111 Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti. (21G00125) (GU Serie Generale n.187 del 06-08-2021).

[17] Tar Lazio – Roma, Sez. III, 02.10.2020 n.10047.

[18] TAR Lazio Decreto Presidenziale del 24.08.2021 n. 4450 e Tar Lazio, Sez. Terza Bis decreto del 02.09.2021 n. 4532.

[19] Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 10.09.2021 n. 261.

[20] Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3568 del 30 giugno 2021, conferma il disposto del Tar Lazio che aveva respinto un ricorso contro l'obbligo di possesso ed esibizione del green pass come disciplinato dalla normativa al tempo della pronuncia.

[21] Consiglio di Stato, Sez. III, 20.10.2021 n. 7045.

[22] Così testualmente in: G.M. BRAVO, voce *Anarchismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), Dizionario di politica, Torino 2014, p.13.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1630 – 24 marzo 2021

Energia, ambiente e semplificazione amministrativa (nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 24 novembre 2020, n. 12464)

di Marco Calabrò

Sommario: 1. La vicenda. – 2. La disciplina degli incentivi in materia energetica. - 3. Analisi critica delle ragioni poste a fondamento della pronuncia del T.A.R. del Lazio n. 12464/2020: la non perentorietà del termine per il rilascio della concessione degli incentivi. – 3.1. (segue): la riconducibilità del profilo del riconoscimento degli incentivi energetici alla materia “ambiente”. – 3.2. (segue): la sussistenza di un obbligo comunitario di concludere il procedimento con una decisione espressa. – 4. Riflessioni conclusive.

1. La vicenda.

Con una recente pronuncia il T.A.R. Lazio, Roma ha affrontato il tema della applicabilità degli istituti di semplificazione – con specifico riferimento al silenzio assenso – ai procedimenti in materia energetica. La vicenda da cui origina il contenzioso si inquadra nell’ambito dell’eterogeneo sistema di incentivazione alla produzione di energia da fonti rinnovabili, la cui disciplina ha conosciuto negli ultimi anni una notevole evoluzione, anche in ragione del necessario adeguamento alle disposizioni dell’UE che si sono avvicinate in materia. In particolare, nella fattispecie in esame, la società ricorrente aveva presentato al GSE (Gestore Servizi Energetici) una richiesta di concessione della tariffa incentivante riconosciuta, a determinate condizioni, ai produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili ai sensi del d.m. 5 maggio 2011 (c.d. Quarto Conto Energia). Dopo più di un anno, il GSE riscontrava la suddetta istanza invitando la società ad integrare la documentazione presentata,

attraverso la produzione di una dichiarazione del Comune sede dell'attività di produzione energetica, attestante l'idoneità della d.i.a. alla esecuzione dei lavori per la realizzazione dell'impianto. A fronte della mancata presentazione della suddetta dichiarazione, il GSE concludeva il procedimento con l'emanazione di un atto di rigetto.

Il ricorso presentato dalla società di produzione di energia si fonda, essenzialmente, su due ordini di motivi. Con il primo, che non sarà oggetto di approfondimento in questa sede, parte ricorrente contesta la legittimità della richiesta istruttoria, diretta ad ottenere la produzione di un documento attestante l'idoneità del titolo edilizio. In tal modo, infatti, il GSE avrebbe trasceso le proprie competenze (non contemplanti profili di ordine edilizio), generando un indebito aggravio procedimentale, contrastante con l'istituto stesso della d.i.a., peraltro regolarmente prodotta dal ricorrente e mai oggetto di provvedimenti inibitori^[1].

Il secondo motivo di ricorso, sul quale si concentreranno le riflessioni che seguono, si fonda sull'affermazione secondo cui – al di là dei profili di merito – il GSE non avrebbe potuto chiedere alcuna integrazione documentale, essendosi ormai formato il silenzio assenso sull'istanza presentata dal ricorrente. La disciplina procedimentale relativa al riconoscimento delle tariffe incentivanti di cui al d.m. 5 maggio 2011, infatti, prevede che entro quindici giorni dalla data di entrata in esercizio dell'impianto il soggetto responsabile faccia pervenire al GSE la richiesta di concessione della pertinente tariffa incentivante, e che il GSE, “verificato il rispetto delle disposizioni del presente decreto, determina e assicura al soggetto responsabile l'erogazione della tariffa spettante entro centoventi giorni dalla data di ricevimento della medesima richiesta”. Secondo parte ricorrente, pertanto – essendo decorso più di un anno dalla presentazione dell'istanza e trattandosi di un procedimento ad istanza di parte rispetto al quale nulla è espressamente previsto per le ipotesi di inerzia dell'amministrazione – troverebbe applicazione l'istituto generale del silenzio assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990.

Il T.A.R. Lazio, tuttavia, nel rigettare il ricorso, conclude per la non formazione, nel caso di specie, degli effetti del silenzio assenso sull'istanza presentata dalla società di produzione energetica, e ciò sulla base delle seguenti motivazioni: a) il carattere non perentorio del termine procedimentale di 120 giorni riconosciuto al GSE per riscontrare la domanda di concessione degli incentivi; b) la non invocabilità del regime del silenzio assenso, dovendo trovare piuttosto applicazione la deroga di cui al co. 4 dell'art. 20, l.n. 241/1990 in quanto l'incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili rientrerebbe nella materia “ambiente”; c) la sussistenza di un obbligo di concludere il procedimento con l'emanazione di un provvedimento espresso, derivante dalla corretta attuazione della normativa europea di settore^[2].

2. La disciplina degli incentivi in materia energetica.

Prima di procedere all'esame delle ragioni che hanno indotto il T.A.R. Lazio a ritenere non formatasi la fattispecie del silenzio assenso, appare opportuno inquadrare brevemente il tema della incentivazione energetica, anche al fine di individuarne la *ratio*. Come noto, le c.d. energie rinnovabili rappresentano quelle fonti di energia – non esauribili o, comunque, in grado di rigenerarsi velocemente – alternative alle tradizionali fonti fossili. Lo sviluppo di tali forme di produzione – strumentale ad incrementare la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, a stimolare la competitività del sistema produttivo ed a ridurre le emissioni

inquinanti in atmosfera[3] – ha imposto l'introduzione di strumenti di incentivazione, atteso il costo di produzione più elevato rispetto all'uso delle fonti energetiche tradizionali[4].

Le principali forme di incentivazione, introdotte negli anni dal legislatore statale (spesso su stimolo dell'UE) sono rappresentate non da semplici sussidi, bensì da strumenti di mercato volti ad incoraggiare gli investimenti *green*[5], quali i Certificati verdi[6], i Certificati bianchi[7], la Tariffa omnicomprensiva[8] ed il c.d. Conto energia. Quest'ultimo, in particolare – oggetto della pronuncia in commento e relativo ai soli impianti fotovoltaici – configura un modello incentivante *feed in premium* che – a differenza del modello di prezzo amministrato *feed in tariffs*[9] – si concretizza nell'erogazione di un incentivo aggiuntivo rispetto al prezzo di mercato[10]: permane, quindi, un margine di rischio in capo al produttore, nella misura in cui, a fronte della formazione di un prezzo di mercato molto basso, la parte incentivante potrebbe risultare insufficiente a rendere remunerativa l'operazione nel suo complesso[11].

Il sistema di incentivazione Conto energia nasce a seguito dell'emanazione della Direttiva 2001/77/CE, recepita con il d. lgs. n. 387/2003, il cui sistema di implementazione contemplava la successiva approvazione di decreti interministeriali (Ministero dello Sviluppo Economico e Ministero dell'Ambiente) che – definendo i criteri soggettivi ed oggettivi per poter beneficiare dell'incentivazione, nonché i relativi *itinerari* procedurali – hanno introdotto negli anni a seguire il I° Conto energia (d.m. 28/7/2005 e d.m. 6/2/2006), il II° Conto energia (d.m. 19/2/2007) ed il III° Conto energia (6/8/2010). Mediante tali strumenti, dal 2005 al 2011 si è registrato in Italia un notevole incremento della quota di elettricità prodotta da impianti alimentati mediante la conversione fotovoltaica della fonte solare, reso possibile proprio in ragione di adeguati investimenti pubblici, programmati e a lungo termine, presupposto indispensabile per garantire la necessaria convenienza economica agli operatori privati[12].

Nel 2009, il legislatore europeo è nuovamente intervenuto in materia di promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, con l'emanazione di una nuova direttiva europea (dir. 2009/28/CE), mediante la quale si è inteso integrare il quadro regolatorio sottolineando, tra l'altro, la rilevanza della previsione di procedure trasparenti, semplici e celeri. In attuazione di tale direttiva è stato, quindi, emanato il d.lgs. n. 28/2011, che – volto a promuovere "l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione" (art. 23) – ha rappresentato il quadro regolatorio di riferimento per il IV° Conto energia (d.m. 5/5/2011) e per il V° Conto energia (d.m. 5/7/2012)[13]. Quest'ultimo, infine – avendo condotto al raggiungimento del tetto massimo di incentivazione prevista per il settore (6,7 miliardi di euro) – ha segnato la conclusione dell'applicazione del modello incentivante rappresentato dal Conto energia[14].

Attualmente il sistema di incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili da parte del GSE prevede strumenti ulteriori, quali il sistema GRIN (Gestione Riconoscimento Incentivo) in sostituzione dei Certificati verdi, il c.d. Ritiro dedicato, lo Scambio sul posto[15]. La normativa di riferimento resta, tuttavia, il d.lgs. n. 28/2011, in attuazione del quale è stato di recente approvato il c.d. Decreto FER 1 (d.m. 4 luglio 2019), contenente la disciplina principale degli incentivi alle fonti rinnovabili per il triennio 2019-2021 e volto ad agevolare – in vista degli obiettivi di decarbonizzazione fissati al 2030[16] – la diffusione dei piccoli impianti fotovoltaici, eolici on-shore, idroelettrici e a gas di depurazione[17]. È bene sottolineare come proprio il d.lgs. n. 28/2011 – dal quale ha origine anche il IV° Conto

Energia, oggetto della pronuncia in commento – abbia condotto ad un notevole contenzioso, essenzialmente dovuto alle incertezze applicative emerse fin da subito^[18], il che ha spinto il legislatore ad intervenire in diverse occasioni in chiave semplificatrice e chiarificatrice^[19]. Da ultimo, si segnala la recente riforma introdotta ad opera del d. l. n. 76/2020, convertito in l. n. 120/2020 (c.d. decreto Semplificazioni), con il quale – al fine di incrementare il livello di certezza delle posizioni acquisite da parte delle imprese in buona fede – è stato stabilito che la decadenza dei benefici ottenuti in termini di incentivi può essere comminata dal GSE solo in presenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990^[20].

3. Analisi critica delle ragioni poste a fondamento della pronuncia del T.A.R. del Lazio n. 12464/2020: la non perentorietà del termine per il rilascio della concessione degli incentivi

Come già precisato, la pronuncia in esame concerne l'applicazione del d.m. 5 maggio 2011 (IV° Conto energia), il cui art. 10 prevedeva che l'operatore economico avrebbe dovuto, entro 15 giorni dall'avvio dell'esercizio dell'impianto, comunicare l'inizio dell'attività al GSE, il quale entro i successivi 120 giorni avrebbe provveduto a “determinare e assicurare la tariffa”, ovvero a pronunciarsi sulla riconoscibilità dell'incentivo. Prima di affrontare l'esame dei diversi profili di interesse della decisione in commento occorre una premessa di merito: nelle pagine che seguono si cercherà di dimostrare come il Collegio abbia erroneamente ritenuto non applicabile alla fattispecie *de qua* il regime del silenzio assenso, ma questo non perché si ritenga che tale istituto rappresenti un modello decisionale particolarmente efficace e preferibile rispetto all'emanazione del provvedimento espresso, tutt'altro. Si è pienamente consapevoli delle criticità che connotano l'attuale regime del silenzio assenso, tuttavia – anticipando quanto meglio si chiarirà nelle conclusioni – ciò che occorre assolutamente rifuggire è l'incertezza della “regola del caso”, il che si verifica proprio quando (come nel caso di specie) il giudice amministrativo (seppur perseguendo intenti anche condivisibili) effettui una forzata interpretazione della norma estendendo illegittimamente l'ambito di operatività della deroga al modello generale del silenzio assenso, frustrando così le legittime aspettative del privato.

Ciò premesso, la prima delle ragioni poste a fondamento della decisione giudiziaria che si commenta – con la quale, si ricorda, si è ritenuto di non poter considerare operativo il meccanismo del silenzio assenso nella fattispecie *de qua* – consiste nella affermazione secondo la quale il suddetto termine di 120 giorni riconosciuto al GSE per riscontrare l'istanza non avrebbe avuto carattere perentorio.

Il percorso argomentativo seguito dal T.A.R. Lazio appare, invero, viziato dal punto di vista logico, prima ancora che giuridico, laddove pretende di giustificare la propria affermazione dando per presupposto proprio ciò che egli stesso si prefigge di dimostrare: nel ragionamento condotto dal Collegio, infatti, la premessa maggiore è che “il termine non è perentorio”, la premessa minore è che “nelle ipotesi di silenzio assenso il termine è perentorio”, mentre la conclusione è che “non si tratta di una fattispecie di silenzio assenso”. Ma la premessa maggiore, in questo caso, non è dimostrata e, come è noto, affinché un sillogismo categorico sia valido occorre che entrambe le premesse siano incontestabilmente vere^[21]. In altre parole, il Collegio avrebbe prima dovuto dimostrare la non applicabilità del silenzio assenso e solo in seguito avrebbe potuto conseguentemente affermare la natura ordinatoria del

termine procedimentale; è evidentemente errato, dal punto di vista logico, ritenere di poter escludere che ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di silenzio assenso affermando (ma non dimostrando) che il termine procedimentale non sia perentorio.

Sul punto della asserita non perentorietà del termine, i giudici – preso atto che la disposizione nulla dice su tale profilo – si limitano a richiamare il principio generale in base al quale “la perentorietà del termine di conclusione del procedimento sussiste solo quando vi sia una norma che espressamente lo qualifichi come tale, ovvero sancisca che allo spirare del termine si producano effetti giuridici incompatibili con la possibilità per l'Amministrazione di provvedere”[22]. In realtà, se è vero che, salve specifiche deroghe previste dalla legge, il termine procedimentale ha carattere ordinatorio e la sua scadenza non incide sulla sussistenza del potere di provvedere[23], ciò che è almeno opinabile è la circostanza che nel caso di specie non ci si trovi proprio di fronte ad una delle suddette ipotesi derogatorie. Il fatto che il d.m. 5 maggio 2011 non chiarisca la natura del termine non esclude *ex se* la perentorietà dello stesso, nella misura in cui – ribaltando la (indimostrata) premessa di partenza del Collegio – è il combinato disposto di cui agli artt. 2 e 20 della l.n. 241/1990 che conduce a ritenere perentorio il termine per tutte le ipotesi in cui operi il regime del silenzio assenso.

Come noto, a seguito della recente riforma dell'art. 2 cit. ad opera della l.n. 120/2020 (c.d. decreto Semplificazioni), nelle fattispecie di silenzio assenso l'emanazione di un provvedimento oltre i termini procedimentali legislativamente prescritti per la sua adozione determina l'inefficacia del provvedimento stesso, il che impone evidentemente di affermare la natura per l'appunto perentoria del termine stesso[24]. In realtà, anche prima della suddetta riforma si sarebbe potuto/dovuto sostenere la natura perentoria del termine finale nelle ipotesi di silenzio significativo: solo ritenendo non più esercitabile il potere di amministrazione attiva, una volta decorso il termine per provvedere, rinvia una sua coerente giustificazione il formarsi “silenzioso” degli effetti provvedimenti *ex lege*[25].

In conclusione, sul punto, la mera affermazione assiomatica della natura ordinatoria del termine finale, non pare poter legittimamente fungere da supporto alla dimostrazione della non applicabilità del regime del silenzio assenso alla fattispecie procedimentale *de qua*. Tra l'altro considerare quel termine come non perentorio si rivela palesemente contraddittorio con quanto previsto nella direttiva di riferimento e nello stesso d.lgs. n. 28/2011, laddove si valorizza l'esigenza che la disciplina attuativa relativa allo sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili sia connotata da procedure semplici, celeri e certe[26].

3.1. (segue): la riconducibilità del profilo del riconoscimento degli incentivi energetici alla materia “ambiente”

Il secondo e principale argomento sul quale si fonda la decisione in commento è rappresentato dall'affermazione secondo la quale nella fattispecie *de qua* troverebbe applicazione la deroga all'istituto del silenzio assenso prevista al co. 4 dell'art. 20 della l.n. 241/1990 “per atti e procedimenti riguardanti l'ambiente, materia nella quale, come la giurisprudenza ha già avuto modo di precisare, rientra a pieno titolo la disciplina invocata riferibile al settore degli incentivi per il risparmio energetico e al rispetto degli impegni internazionali sui cambiamenti climatici”. Secondo il Collegio, in altri termini, i procedimenti concernenti lo sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili andrebbero inquadrati nella materia della tutela dell'ambiente e, di conseguenza, sarebbe esclusa nei loro confronti l'operatività del regime del silenzio significativo.

La pronuncia richiama, al riguardo, un orientamento del giudice amministrativo teso a leggere in chiave unitaria i due profili (ambiente ed energia) e, di conseguenza, (per quanto maggiormente rileva in questa sede) a sottrarre dall'applicazione del silenzio assenso di cui all'art. 20 cit. alcuni procedimenti in materia di energia. Invero, mentre le decisioni aventi ad oggetto procedimenti autorizzatori relativi alla realizzazione di un impianto FER giustificano l'esclusione dell'operatività del regime del silenzio assenso in ragione dell'impatto della realizzazione dei nuovi volumi "sull'ambiente, la salute ed il patrimonio paesaggistico"^[27], con specifico riferimento ai procedimenti volti a riconoscere incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, le pronunce esaminate si limitano ad affermare che l'istituto delle tariffe incentivanti debba farsi rientrare nella materia "ambiente", senza in alcun modo argomentare l'assunto^[28].

La sola pronuncia che si sofferma su tale profilo^[29], a ben vedere, chiarisce innanzitutto che il procedimento in questione non ha ad esclusivo oggetto la tutela dell'ambiente, il che "non rende il detto meccanismo di per sé incompatibile con l'utilizzo del silenzio assenso"; essa, quindi, conclude comunque per l'applicazione della deroga di cui all'art. 20, comma 4, della l. 241/1990 anche alle ipotesi di concessione di tariffe energetiche incentivanti, ma solo sulla base della (opinabile) considerazione secondo la quale dovrebbe "privilegiarsi un'esegesi che consenta di giungere all'adozione di un provvedimento esplicito", in quanto il meccanismo del silenzio assenso "porterebbe a sacrificare in modo eccessivo quegli interessi sensibili di natura ambientale e derivazione europea che il procedimento intende perseguire".

In realtà, secondo l'impostazione tradizionale, il rapporto tra le materie "energia" e "ambiente" non avrebbe una connotazione di tipo armonico, fondandosi piuttosto su una "dialettica conflittuale"^[30]: da un lato, la sempre maggiore necessità di sfruttamento delle risorse energetiche rappresenta una costante minaccia per la tutela delle risorse naturali; dall'altro lato, l'energia, intesa come bene economico, trova nel sistema vincolistico delle politiche ambientali un forte limite al proprio sviluppo.

La netta separazione tra ambiente ed energia rinviene conferma nell'attuale versione dell'art. 117 Cost., ove – a seguito della riforma del Titolo V – la materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" non solo è indicata come autonoma rispetto alla materia "tutela dell'ambiente", ma è anche posta in un elenco diverso, essendo inserita tra le materie per le quali è prevista la competenza concorrente tra Stato e regioni^[31]. Il medesimo assetto è evincibile anche a livello Europeo, laddove l'energia configura una materia autonoma rispetto all'ambiente, con riguardo alla quale all'UE è riconosciuto una specifica sfera di intervento ai sensi dell'art. 194 TFUE^[32].

Certo, nell'occuparsi del particolare settore della produzione di energia da fonti rinnovabili, la descritta relazione di sostanziale autonomia è destinata in parte a mutare, ma, a ben vedere, anche in tale contesto non mancano profili di sostanziale conflittualità, se solo si pensa, ad esempio, al noto contrasto tra istanze di tutela dell'ambiente/paesaggio e politiche di sviluppo dell'energia eolica e fotovoltaica^[33]. In una significativa pronuncia del 2011, la Corte di Giustizia UE – chiamata a decidere sulla legittimità di una disciplina interna che vietava l'installazione di impianti eolici in zone protette dalla normativa europea in materia di conservazione degli *habitat* naturali – ha chiarito come non sussista affatto un rapporto di coesistenzialità, né, talvolta, di compatibilità, tra esigenze di tutela dell'ambiente e istanze di sviluppo di "energia pulita"^[34]. Come è stato osservato, il giudice europeo ha in quella occasione fatto emergere come l'interesse ambientale possa trovarsi in conflitto con quello

energetico “non soltanto nell’ipotesi più tradizionale di energie esauribili vs. ambiente ma anche in un’ipotesi, in verità più complessa, quale energie rinnovabili vs. ambiente”[35].

A conferma della suddetta autonomia giuridico/concettuale, la Corte costituzionale ha in più occasioni sottolineato come la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili – pur indubitabilmente interferendo con la materia della tutela dell’ambiente – appartenga in via primaria alla materia “energia”[36] e si innesti nel più ampio contesto di *favor* nei confronti delle FER, volto all’eliminazione della dipendenza dalle fonti fossili di energia. Da ciò ne consegue che “il bilanciamento tra le esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi ambientali impone una preventiva ponderazione concertata in ossequio al principio di leale cooperazione” tra Stato e Regioni[37].

In effetti, dall’analisi dei numerosi documenti dell’UE in materia, si evince chiaramente come l’incentivazione dell’utilizzo di fonti di energia rinnovabile risponda ad un fine primario diverso da quello della tutela dell’ambiente, consistente piuttosto nell’esigenza di limitare la dipendenza dell’Unione Europea dallo sfruttamento e dalle importazioni di combustibili fossili: l’incremento della popolazione mondiale ed il contestuale innalzamento della domanda di energia impongono il ricorso a forme di produzione alternative a quelle tradizionali, fondate su risorse esauribili. Lo sviluppo della produzione di energia “pulita” è volta, pertanto, in primo luogo, a rendere sostenibile nel suo complesso l’intero settore energetico, attraverso una maggiore sicurezza negli approvvigionamenti e una netta riduzione delle importazioni di fonti energetiche tradizionali[38].

Posti tali obiettivi primari, non si intende certo negare che il processo di valorizzazione della c.d. *green energy* comporta conseguenze anche in chiave di tutela dell’ambiente – in ragione della riduzione delle emissioni nocive generate dal consumo e dalla produzione di energia da fonti tradizionali – nonchè in termini di vantaggi economici, derivanti, da un lato, dal risparmio sul costo dell’acquisto di combustibili tradizionali e, dall’altro lato, dall’incremento delle esportazioni e dell’occupazione[39]. A ben vedere, tuttavia, pur essendo evidenti gli impatti che gli interventi in materia di energia pulita hanno sulle politiche di protezione ambientale, si intende rimarcare come ciò non esaurisca affatto il *proprium* di una politica di sviluppo (e incentivazione) di energie rinnovabili, ponendosi piuttosto come una delle conseguenze, insieme a quelle di carattere economico. Di qui l’erroneità dell’operazione ricostruttiva condotta dal T.A.R. del Lazio, tesa a prospettare l’esistenza di una automatica endiadi tra energia e ambiente.

E che il procedimento in esame non debba essere inquadrato all’interno della materia ambiente, lo si desume *a contrario* anche dall’analisi del d.lgs. n. 222/2016 (c.d. SCIA 2), la cui Tabella A, come noto, indica i regimi amministrativi dei procedimenti in diverse materie, tra le quali quella ambientale[40]. Ebbene, nella suddetta tabella, i procedimenti di incentivazione tariffaria non sono contemplati (trattandosi, evidentemente di materia “energia”) mentre i procedimenti volti al rilascio dei titoli autorizzatori necessari per la realizzazione e l’esercizio di impianti alimentati da fonti rinnovabili non sono elencati all’interno della sezione “Ambiente”, bensì nella sezione “Edilizia”.

Insomma, se è vero che è ormai pacifico che politiche ambientali efficaci debbano necessariamente fondarsi sul principio di integrazione, ovvero superare una prospettiva settoriale optando piuttosto per una logica sistemica che tenga conto, in un unico processo decisionale, dei diversi interessi emergenti[41] (tra i quali, evidentemente, le politiche

energetiche nazionali), ciò non legittima affatto operazioni volte a rendere l'ambiente una "super-materia" nella quale far confluire interessi differenti e dotati di autonomia giuridica oltre che concettuale.

Tra l'altro, spostando l'attenzione dal profilo dell'inquadramento formale del procedimento *de quo* a quello della sua portata sostanziale, può osservarsi come nel caso di specie il GSE non sia chiamato a valutare l'impatto sull'ambiente dell'attività oggetto di concessione della tariffa incentivante, come invece accade nelle fattispecie decisorie aventi ad oggetto gli effetti della realizzazione fisica di un impianto alimentato da fonti rinnovabili. Il riconoscimento di incentivi alla produzione di energia "pulita" ha di per sé un effetto positivo sulle politiche di protezione ambientale: il GSE deve unicamente verificare la sussistenza o meno di presupposti per l'attribuzione di un beneficio implicitamente consonante con l'interesse alla tutela ambientale, il che conferma la piena compatibilità della fattispecie in esame con il regime del silenzio assenso.

In definitiva, in relazione ai procedimenti volti al riconoscimento di forme di incentivazione alla produzione di *green energy* manca (nella sostanza) l'esigenza di escludere l'applicazione del regime semplificato e (nella forma) la sussumibilità della materia energia nella materia ambiente: come si è dimostrato, infatti, queste ultime – seppur necessariamente correlate in numerose loro espressioni[42] – mantengono una sostanziale autonomia dal punto di vista regolativo, organizzativo e funzionale[43].

3.2. (segue): la sussistenza di un obbligo comunitario di concludere il procedimento con una decisione espressa

Quale terzo, ed ultimo, elemento posto dal Collegio a fondamento del proprio convincimento circa la non applicabilità del regime del silenzio assenso al procedimento *de quo*, viene indicata la presunta "necessità che il procedimento debba concludersi con un atto espresso in base al diritto europeo".

Come noto, in diversi contesti il legislatore Europeo richiede che un procedimento si concluda necessariamente con l'emanazione di un provvedimento espresso al fine di assicurare l'effettività delle previsioni comunitarie[44]. Ciò avviene, in sostanza, ogniqualvolta, un'autorizzazione tacita non possa considerarsi compatibile con le prescrizioni di una direttiva, o perché non in grado di consentire la realizzazione di controlli successivi per i quali occorrono parametri di riferimento indicati nel titolo, ovvero in quanto l'attività oggetto di autorizzazione necessita di prescrizioni evincibili unicamente dal provvedimento espresso[45].

A sostegno del proprio convincimento, il Collegio richiama alcuni precedenti giurisprudenziali. Il primo fra questi, tuttavia, non appare conferente, avendo ad oggetto un procedimento diverso, ovvero la realizzazione di un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili e non il riconoscimento di incentivi tariffari alla produzione[46]. Come già osservato, le due fattispecie non sono affatto assimilabili: mentre la realizzazione di nuovi volumi a destinazione industriale può ovviamente avere un impatto sulle risorse ambientali, la semplice acquisizione di un beneficio avente carattere meramente economico è, rispetto a quelle risorse, del tutto indifferente. La pronuncia in commento richiama, poi, un secondo precedente, nel quale, in effetti, si afferma che tanto la direttiva di riferimento quanto la disciplina nazionale di attuazione imporrebbero l'adozione di un provvedimento espresso in

materia di concessione degli incentivi “in quanto l’unico coerente con le finalità programmatiche e finalistiche in ambito nazionale [...], con le garanzie di origine dell’elettricità prodotta [...], nonché in grado di soddisfare le necessità di coordinamento della produzione dell’energia con le esigenze e le necessità dei gestori delle reti”[47].

A ben vedere, la stessa giurisprudenza richiamata non afferma affatto (né avrebbe potuto) che la normativa eurounitaria preveda espressamente l’obbligo di concludere il procedimento *de quo* con un provvedimento formale, bensì si limita a sostenere che tale conclusione sarebbe l’unica “coerente” con l’assetto regolativo generale. I giudici, in altri termini, effettuano una non condivisibile operazione deduttiva laddove ritengono di poter trarre da una interpretazione di tipo sistematico ciò che la normativa eurounitaria non dice; il tutto a fronte del chiaro tenore dell’art. 20 cit., il cui co. 4 consente di derogare alla regola generale dell’applicazione del regime del silenzio assenso unicamente nei casi “in cui la normativa comunitaria impone l’adozione di provvedimenti amministrativi formali”. Il che, nel caso di specie, non è.

La direttiva n. 2009/28/CE, infatti, nel disciplinare le procedure amministrative relative alle misure di sostegno alla produzione di energia da fonti rinnovabili, si limita a disporre che gli Stati membri assicurino l’adozione di procedure proporzionate e necessarie, semplificate ed accelerate (cfr. art. 13). In altri termini, il legislatore europeo non solo non impone affatto l’adozione di un provvedimento formale, ma – nell’individuare i principi di riferimento ai quali gli Stati membri sono tenuti ad adeguarsi nel definire l’iter funzionale alla concessione di incentivi per impianti da fonte rinnovabile – sembra indicare una netta preferenza per la previsione di procedimenti idonei a giungere ad una conclusione in forma semplificata, certa e celere, il che, evidentemente, appare compatibile con l’applicazione del regime del silenzio significativo, molto meno con la presunta imposizione di una decisione espressa da adottare anche oltre il termine procedimentale[48].

Come noto, tra l’altro, il d.lgs. n. 59/2010, attuativo della Direttiva Bolkestein, nell’ambito di un più ampio intervento di liberalizzazione[49], dispone all’art. 17 che ai procedimenti autorizzatori o concessori concernenti l’esercizio delle attività di servizi economici “si segue, ove non diversamente previsto, il procedimento di cui all’articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241”, chiarendo, altresì che solo “qualora sussista un motivo imperativo di interesse generale, può essere imposto che il procedimento si concluda con l’adozione di un provvedimento espresso”[50]. Nel caso di specie, pertanto, in assenza di una disposizione eurounitaria che chiarisca il motivo imperativo di interesse generale che imporrebbe la decisione espressa, non può che trovare applicazione l’istituto acceleratorio del silenzio assenso.

Del resto, a ben vedere, anche la normativa italiana attuativa della direttiva del 2009 contempla un regime procedimentale semplificato, senza affatto prevedere l’obbligo di concludere il procedimento con l’emanazione di un provvedimento formale. In particolare, l’art. 4 del d.lgs. n. 28/2011 dispone, in via generale, che “la costruzione e l’esercizio di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili sono disciplinati secondo speciali procedure amministrative semplificate, accelerate, proporzionate e adeguate”[51]. Come è stato osservato, dunque, contrariamente a quanto avviene per gli “istituti del diritto ambientale, in cui tradizionalmente l’applicazione degli istituti di semplificazione risulta recessiva rispetto alla esigenza di garantire un completo sviluppo dell’iter procedimentale,

nella materia in esame sembra prevalere il principio di non aggravamento procedurale al fine di assicurare l'efficacia dell'azione amministrativa"[52].

Con specifico riferimento ai procedimenti relativi al riconoscimento di misure di incentivazione, l'art. 28 dello stesso d.lgs. n. 28/2011 rinvia a successivi decreti interministeriali per l'individuazione delle modalità con le quali il GSE provvede ad erogare gli incentivi. Come già osservato, il d.m. 5 maggio 2011 – contenente la disciplina del regime incentivante oggetto della pronuncia in commento – dispone che gli impianti accedono direttamente (o previa iscrizione ad un registro) alla tariffa incentivante, fatto salvo l'onere di comunicazione al GSE dell'avvenuta entrata in esercizio entro 15 giorni dalla stessa (art. 6) e che il GSE, verificato il rispetto delle disposizioni del decreto, “determina e assicura l'erogazione della tariffa” (art. 10), riconosciuta a decorrere dalla data di entrata in esercizio dell'impianto (art. 12). Il soggetto che ne ha diritto, quindi, ottiene l'incentivo alla sola condizione che comunichi per tempo l'avvio della produzione di energia da fonte rinnovabile, e l'attività che il GSE è chiamato a porre in essere (determinazione e assicurazione dell'erogazione della tariffa) non richiede affatto l'emanazione di un provvedimento formale, consistendo nella mera applicazione di criteri predeterminati. Il GSE, in altri termini, è chiamato semplicemente ad effettuare una attività di controllo (circa la sussistenza dei requisiti necessari) e di definizione tariffaria, il tutto senza spendere alcun potere a carattere discrezionale, tanto da far legittimamente ritenere che l'unico ostacolo alla liberalizzazione della fattispecie sia rappresentato dalla previsione di un “contingente complessivo” massimo incentivabile, atto ad escludere l'applicazione del regime della s.c.i.a.

La natura vincolata della funzione esercitata dal GSE è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza amministrativa, ove – nel ricostruire il regime degli incentivi concernenti la produzione di energia da fonti rinnovabili – ha affermato che esso si fonda sulle dichiarazioni che il soggetto titolare dell'impianto, sotto la propria responsabilità, fa pervenire al GSE e in base alle quali quest'ultimo determina la sussistenza, o meno della possibilità di accedere o di mantenere gli incentivi (salvi i controlli *ex post*) [53]. Il GSE, pertanto, “eserciterebbe un immanente potere di accertamento e controllo che, essendo volto essenzialmente a verificare quanto dichiarato dal beneficiario dell'incentivo, sarebbe privo di spazi di discrezionalità, avendo anzi, natura doverosa ad esito vincolato” [54]. Tale ricostruzione trova ulteriore conferma sia nella affermata applicabilità al procedimento *de quo* dell'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990, atteso il “carattere vincolato della valutazione operata dal GSE” [55], sia nella qualificazione dei poteri di controllo ad esito negativo esercitati dallo stesso GSE non in termini di attività sanzionatoria o di autotutela, bensì di mera “decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva [...] per il carattere vincolato del potere” [56].

Ebbene, il carattere vincolato dell'attività esercitata dal GSE avvalorava ulteriormente la possibile fine “silenziosa” del procedimento. È nota la tesi avanzata da una parte della dottrina e della giurisprudenza secondo la quale – al di fuori delle deroghe espresse di cui al co. 4 dell'art. 20 cit. – il regime del silenzio assenso non troverebbe comunque applicazione in relazione a fattispecie connotate da un ampio grado di discrezionalità, per le quali si ritengono imprescindibili le garanzie derivanti dalla cristallizzazione della decisione in un provvedimento formale [57]. Pur volendo aderire a tale (discutibile) indirizzo, il carattere sostanzialmente vincolato del procedimento volto al riconoscimento della tariffa energetica incentivante ne attesterebbe la piena compatibilità con il regime del silenzio assenso, non venendo in essere alcun elemento di criticità in merito all'eventuale mancata adeguata ponderazione degli interessi [58].

Un ulteriore elemento che collide con la prospettata inammissibilità di una conclusione “silenziosa” del procedimento volto al riconoscimento degli incentivi energetici tariffari è rappresentato dalla circostanza che l’eventuale decisione espressa del GSE non avrebbe, in ogni caso, alcun contenuto conformativo, limitandosi a concedere la tariffa incentivante alla luce dei controlli effettuati. Come noto, una delle principali ragioni che non consentono l’applicazione del regime del silenzio assenso alle autorizzazioni in materia ambientale è che queste ultime sono connotate da un contenuto complesso, in quanto non si limitano a permettere l’esercizio di un’attività, ma contengono anche una serie di prescrizioni relative a come tale attività debba essere svolta, ai limiti da rispettare, agli accorgimenti da predisporre, ecc. Si tratta del c.d. carattere conformativo dell’atto, che discende dall’esigenza di “controllare” il privato non solo al principio (verifica dei requisiti), ma nel corso dell’intera durata dell’attività, obbligandolo a rispettare standard e modalità di esercizio necessari per garantire la sostenibilità ambientale dell’iniziativa[59]. Ebbene, nella fattispecie in esame tale esigenza non sussiste: l’atto con il quale si riconosce la tariffa incentivante si limita – una volta verificata la sussistenza dei presupposti richiesti – ad attestare che quella determinata impresa ha diritto a ricevere il sostegno economico per il quale ha presentato istanza, senza contenere alcuna specifica prescrizione *pro futuro*, il che conferma la piena compatibilità del regime del silenzio assenso.

Non secondaria, infine, la considerazione secondo cui sarebbe davvero paradossale sostenere che mentre per la realizzazione di un impianto FER (attività indubbiamente impattante sull’ambiente) è in alcuni casi contemplato un regime liberalizzato, assimilabile s.c.i.a., denominato Procedura abilitativa semplificata (PAS)[60], per accedere al sistema di incentivo tariffario (profilo puramente economico, privo di alcun impatto diretto) sarebbe inapplicabile il regime del silenzio assenso e sempre necessario il rilascio del provvedimento espresso.

4. Riflessioni conclusive

La conclusione cui perviene la pronuncia in commento, laddove esclude che al procedimento volto al riconoscimento di una tariffa incentivante in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili possa applicarsi il regime del silenzio assenso, non convince sotto molteplici profili. Come si è cercato di dimostrare, nel caso di specie ci si trova innanzi ad un procedimento ad istanza di parte, avente ad oggetto una materia (l’energia) non rientrante tra quelle per le quali opera la deroga di cui all’art. 20, co. 4 cit., e rispetto alla quale la normativa eurounitaria non impone espressamente l’emanazione di una decisione formale. Di talchè, decorso il termine di 120 giorni, la corretta applicazione della disciplina generale di cui all’art. 20 cit. avrebbe dovuto far concludere per l’avvenuta formazione “silenziosa” degli effetti del provvedimento ad esito positivo, con la conseguenza che il GSE avrebbe potuto al massimo intervenire in sede di riesame[61].

Non può tacersi, tuttavia, come il non condivisibile assetto di interessi determinato dal T.A.R. del Lazio sia il frutto di un contesto di grave incertezza regolativa[62] – derivante dalla assenza di un elenco tassativo dei procedimenti per i quali non opera il regime generale del silenzio assenso[63] – incertezza la cui rilevanza è evidente in un settore, quale quello degli incentivi energetici, per il quale la prevedibilità delle decisioni pubbliche assume un ruolo determinante in termini di stabilità e tutela delle legittime aspettative degli investitori privati[64]. Nella vicenda in esame, operandosi nella materia energia, l’impresa aveva in

perfetta buona fede (e correttamente) escluso dovesse trovare applicazione la deroga di cui all'art. 20, co. 4 cit. e giammai avrebbe potuto immaginare che il giudice amministrativo avrebbe frustrato il suo legittimo affidamento^[65] ritenendo legittimo un provvedimento del GSE emanato oltre un anno dallo spirare del termine procedimentale, senza, tra l'altro, configurare alcun tipo di responsabilità per il tardivo esercizio della funzione^[66].

Tra l'altro, appare ancora più paradossale la scelta del giudice di interpretare estensivamente la deroga di cui all'art. 20, co. 4 cit., a fronte della recente evoluzione che è possibile registrare nel bilanciamento tra semplificazione e tutela dell'ambiente^[67]: tralasciando ogni ordine di valutazione di merito, è noto come sia ormai caduto il dogma della iper-tutela procedimentale degli interessi c.d. sensibili, se solo si pensa all'estensione del regime del silenzio assenso nei rapporti tra amministrazioni (c.d. silenzio assenso orizzontale) anche alle decisioni in materia ambientale^[68], il che ha indotto la dottrina a parlare significativamente di "desacralizzazione" dell'ambiente^[69].

In conclusione, l'analisi della pronuncia in commento conferma ulteriormente il sostanziale fallimento della scelta legislativa di rendere l'art. 20 cit. norma a carattere generale^[70] e ciò non solo in ragione della conseguente dequotazione dell'esercizio della funzione pubblica^[71], ma anche a causa dei molteplici profili di incertezza ai quali l'applicazione di tale istituto conduce^[72]. Se da un lato, quindi, appare comprensibile una tendenza di tipo restrittivo da parte di una certa giurisprudenza, preoccupata dalle derive di una semplificazione "a tutti i costi", dall'altro lato, non è ammissibile che le criticità evidenziate vengano risolte dal giudice amministrativo attraverso una perimetrazione dell'ambito di applicazione del silenzio assenso compiuta mediante un'interpretazione a dir poco forzata della norma, pena, come si è cercato di dimostrare, l'ulteriore aggravarsi del livello di incertezza regolativa cui deve far fronte il cittadino.

Urge, piuttosto, un "ritorno al passato", in termini di abbandono del modello della generalizzazione del silenzio assenso – introdotto nel 2005 e confermato nel 2010 con l'inserimento del silenzio assenso nel novero dei livelli essenziali delle prestazioni – restituendo a tale istituto il suo carattere derogatorio rispetto al generale dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso di cui all'art. 2, l. n. 241/1990. In tale ottica, del resto, sembra essersi già mosso il legislatore statale. Come è noto, l'art. 5 della l. n. 124/2015 (c.d. Legge Madia) ha delegato il Governo, tra l'altro, ad adottare uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di silenzio assenso ai sensi dell'art. 20, l. n. 241/1990, in tal modo (almeno in apparenza) precludendo ad un ritorno alla tipizzazione delle fattispecie incluse nell'ambito di applicazione dell'istituto in esame^[73]. La delega è stata in parte attuata con il d.lgs. n. 222/2016 (c.d. SCIA 2), cui è allegata una Tabella A dove sono indicate le diverse attività private assoggettate ad autorizzazione espressa, a silenzio assenso, a s.c.i.a. o a semplice comunicazione nei settori delle Attività commerciali, dell'Edilizia e dell'Ambiente^[74].

E' auspicabile che tale processo di tipizzazione delle fattispecie assoggettate al regime del silenzio assenso interessi quanto prima anche la materia dell'Energia, tenendo anche conto del ruolo centrale dello sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili all'interno del più ampio processo di transizione energetica previsto nel recente Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC)^[75], nonché nel Piano per la ripresa dell'Europa (c.d. Recovery Fund)^[76]. L'obiettivo è quello di scongiurare che – nonostante negli ultimi anni si siano avvicinati (sia a livello internazionale che nazionale) atti di regolazione, atti di

programmazione, linee guida, tutti convergenti verso la centralità della promozione della *green energy* – il tutto finisce per essere frustrato da decisioni amministrative (e giudiziarie) poco in linea con la programmata transizione ecologica^[77].

[1] Sul tema si rinvia a G. Giordano, *Il sindacato sui titoli autorizzativi: il potere del g.s.e. S.p.A. tra controllo formale e sostanziale*, in *Giustamm*, 2019.

[2] In senso analogo anche due successive pronunce dello stesso T.A.R. del Lazio, Sez. Terza Stralcio, 14 dicembre 2020, n. 13460 e 14 dicembre 2020, n. 13462.

[3] Cfr. il *Libro Verde UE: Una Strategia Europea per Energia Sostenibile, Competitiva e Sicura*, COM (2006) 105 dell'8 marzo 2006 e la Comunicazione della Commissione 2010/639 del 10.11.2010 (Energia 2020: strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura).

[4] “Innegabile che la transizione del mercato energetico verso un sistema a basso tasso di CO2 richieda un intervento economico pubblico per promuovere gli investimenti nella produzione di energia e per la sicurezza delle forniture”, L. Ammannati, *La transizione energetica nell'Unione Europea. Il nuovo modello di governance*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 11. Sul tema v. anche G. Landi, C. Scarpa, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013, 80 ss.

[5] M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.* 1/2007, 219 ss.; L. Ammannati, *Le politiche di efficienza energetica nel quadro del pacchetto europeo clima-energia*, in *Amministrazione in cammino*, 2013, 1 ss.; F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti, istituti*, Napoli, 2013, 75 ss.

[6] Mediante i certificati verdi il legislatore ha imposto ai produttori di energia l'obbligo di immissione di una certa quota di “energia verde”, obbligo ottemperabile sia riorientando parte della propria produzione verso le fonti di energia rinnovabile, sia acquistando certificati da un produttore terzo che ha prodotto energia rinnovabile in eccedenza rispetto a quanto impostogli. V. Colcelli, *La natura giuridica dei certificati verdi*, in *Riv. giur. ambiente*, 2/2012, 179 ss.

[7] I certificati bianchi sono titoli di efficienza energetica che certificano il conseguimento di risparmi energetici e che i distributori di energia elettrica e di gas naturale sono obbligati ad acquisire, o promuovendo progetti di efficienza energetica, o acquistando i titoli dagli altri soggetti ammessi al meccanismo. E. Tedeschi, *La regolazione dell'efficienza energetica*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2015, 261 ss.

[8] Si tratta di una remunerazione ulteriore, calcolata sulla base della quota di energia elettrica prodotta da fonte rinnovabile immessa in rete, destinata agli impianti qualificati come Impianti alimentati a fonti rinnovabili (IAFR) dal GSE. E. Manassero, *Il passaggio dai certificati verdi alla tariffa onnicomprensiva*, in *Ambiente e sviluppo*, 7/2013, 657 ss.

[9] Tariffe incentivanti con cui il Gestore garantisce il ritiro dell'energia rinnovabile prodotta ad un prezzo prefissato che tenga conto della componente dell'incentivo e, pertanto, più elevato di quello di mercato. E' stato osservato che “benché tale sistema garantisca certezza circa il ritorno dell'investimento, questo meccanismo presenta tuttavia il profilo critico per cui la fissazione di un prezzo predefinito in via amministrativa sottrae la sua formazione al mercato” (M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento*, in *Munus*, 1/2014, 53).

[10] Sulla applicabilità del regime degli aiuti di Stato alle diverse tipologie di incentivi alla produzione di energia da fonte rinnovabile v. Corte Giust UE, 13 Settembre 2017, C-329/15, nonché la comunicazione (2014/C 200/01) della Commissione europea recante “Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020”. Sul tema si rinvia anche a F.M. Salerno, F. Macchi, *Recenti sviluppi della giurisprudenza europea su meccanismi di supporto della produzione di energia da fonti rinnovabili e disciplina europea degli aiuti di Stato*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1/2018, 160 ss.

[11] A. Marzanti, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili*, in *Riv. giur. ambiente*, 5/2012, 499 ss.

[12] M. D'Auria, *La finanza pubblica e le energie rinnovabili*, in *Riv. giur. ambiente*, 6/2009, 879 ss.

[13] M. Ragazzo, *Il d.lgs. n. 28/2011: promozione delle fonti energetiche rinnovabili o...moratoria de facto?*, in *Urb. e app.*, 2011, 638 ss.

[14] Cfr. Pagina web istituzionale del GSE, nella parte dedicata al Conto Energia, disponibile al link: <https://www.gse.it/servizi-per-te/fotovoltaico/conto-energia>.

[15] Una analitica descrizione di tali modelli di incentivazione energetica è presente in <https://www.gse.it/chiamo/attivita/C3%A0/gse-per-le-energie-rinnovabili#Meccanismi>.

[16] Cfr. il *Clean energy for all Europeans package* (Commissione Europea, 2016), https://ec.europa.eu/energy/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans_en, in attuazione del quale l'Italia ha adottato il Piano Nazionale Integrato Energia Clima (PNIEC), ove sono individuati gli obiettivi da raggiungere per il 2030, tra i quali la copertura del 32% dei consumi energetici finali lordi da energia da fonti rinnovabili. Per un'ampia analisi del documento Europeo e delle successive azioni poste in essere dall'UE si rinvia a M. De Focatiis, *Il Clean Energy for all Europeans*, in in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 39 ss.

[17] Non risulta ancora approvato, invece, il cd. Decreto FER 2, destinato a definire regole e incentivi relativamente alla produzione di energia attraverso fonti rinnovabili innovative, quali il biogas, il solare termodinamico e la geotermia.

[18] Per un'analisi delle criticità applicative di cui al IV° Conto energia v. G.F. Cartei, *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2013, 614-615.

[19] Sottolinea come nel settore dell'incentivazione tariffaria degli impianti fotovoltaici, le modalità procedurali introdotte dai diversi decreti interministeriali si siano spesso rivelate in contrasto con i principi generali della normativa europea e nazionale di riferimento, ispirate ai principi della semplificazione e della celerità, M.A. Sandulli, *La s.c.i.a. e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di "non sincerità" legislativa. Spunti per un forum*, in *Federalismi.it*, 6/2011, 18-19.

[20] G. La Rosa, *La rideterminazione dei poteri del GSE nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, in *Ambientediritto.it*, 1/2021, 1 ss.

[21] N. Abbagnano, G. Fornero, *La ricerca del pensiero*, Milano, 2012, 330 ss.

[22] In termini v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 1 luglio 2019, n. 3575, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 2 aprile 2019, n. 4308, *in*; Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre, 2015, n. 4599, *in*.

[23] G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, 236. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2015, n. 313, in www.giustizia-amministrativa.it.

[24] Sul punto e, più in generale, sugli effetti della recente introduzione del regime dell'inefficacia del provvedimento tardivo ai sensi del nuovo co. 8-bis dell'art. 2, l.n. 241/1990, sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in www.giustiziainsieme.it, 2020.

[25] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 28 maggio 2018, n. 3493, in www.giustizia-amministrativa.it.

[26] G.F. Cartei, *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili*, cit., 606.

[27] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4712, in www.giustizia-amministrativa.it, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1 settembre 2015, n. 10980, *in*.

[28] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 giugno 2019, n. 7222; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 7 giugno 2019, n. 7460; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 18 febbraio 2019, n. 2169, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[29] Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2018, n. 2859 in www.giustizia-amministrativa.it.

[30] G.D. Comporti, *Energia e ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 283.

[31] Su tale aspetto, invero, occorre ricordare come – al fine di evitare che in un settore strategico quale quello dell'energia, allo Stato fosse affidata unicamente la fissazione dei principi fondamentali – la Corte costituzionale abbia in diverse pronunce fatto ricorso all'istituto della chiamata in sussidiarietà per legittimare interventi statali maggiormente invasivi (cfr. Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 6, in *Riv. corte conti*, 3/2004, 283; Corte Cost., 14 ottobre 2005, n. 383, in *Giur. cost.*, 2005,

5). Sul tema, si rinvia a A. Colavecchio, *La materia "energia" tra "nuovo" e "nuovissimo" Titolo V della Costituzione*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 358 ss.; F. De Leonardis, *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. cost.*, 2004, 146 ss.

[32] Ai sensi dell'art. 194 TFUE, la politica dell'UE nel settore dell'energia è finalizzata a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia; b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione; c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche. Per un'analisi della previsione di una autonoma base giuridica europea in materia energetica e sulle conseguenze circa il diritto di ciascuno Stato membro di determinare una propria politica energetica nazionale, v. G. De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo delle politiche pubbliche in un'economia circolare*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 156-165.

[33] L. Ammanati, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2011, 26 ss.; V. Molaschi, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. ed.*, 5-6/2009, 171 ss.; S. Amoroso, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. ambiente*, 6/2011, 753 ss., chiarisce come ambiente, energia e paesaggio – pur nella loro indiscutibile affinità – configurino comunque concetti dotati di piena autonomia. L'Autore parla, in particolare, di "tre prismi, cioè concetti polisensibili e complessi", che si intrecciano talvolta correlandosi, tal'altra opponendosi.

[34] Corte Giust. UE, 21 luglio 2011, causa C-2/10, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 5/2011, 1264, con nota di G. Ligugnana, *Corte di Giustizia, interessi ambientali e principio di proporzionalità. Considerazioni a margine della sent. 21 luglio 2011, C-2/10*.

[35] M. Marletta, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, in *Dir. dell'Unione Europea*, 3/2014, 488.

[36] Corte Cost., 15 aprile 2019, n. 86, in *Le Regioni*, 3/2019, 837, con nota di C. Pellegrino, *Ambiente ed Energia: la Corte costituzionale conferma i suoi orientamenti e il suo ruolo di suppletiva ermeneutica*. In termini cfr. Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 275, in *Foro it.*, 2013, 1070; Corte Cost., 29 maggio 2009, n. 166, in *Foro it.*, 2009, 2296; Corte Cost., 9 novembre 2006, n. 364, in *Riv. giur. ambiente*, 2007, 304.

[37] Corte Cost., 15 giugno 2011, n. 192, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 1140; Corte Cost., 3 marzo 2011, n. 67, in *Giur. cost.*, 2011, 1025.

[38] Cfr. le Comunicazioni della Commissione europea 1997/599 del 26 novembre 1997 (Energia per il futuro: le fonti energetiche rinnovabili), 2001/69 del 16 febbraio 2001 (Attuazione della strategia e del piano di azione della Comunità sulle fonti energetiche rinnovabili), 2007/1 del 10 gennaio 2007 (Una politica energetica per l'Europa) nonché, più recentemente, le direttive 2009/28/CE e 2018/2001/UE.

[39] S. Quadri, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 3-4/2011, 839 ss.

[40] L. Farronato, *Il d.gs. 222/2016 c.d. "SCIA-2"*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 1/2017, 13 ss.; E. Boscolo, *La Scia dopo la legge Madia e i decreti attuativi*, in *Giur. it.*, 12/2016, 2799 ss.

[41] Cfr. art. 11 TFUE "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". Sul principio di integrazione v. B. Caravita, L. Casseti, A. Morrone, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, 89-90; E. Frediani, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, 447 ss.

[42] P. Dell'Anno, *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento*, in *Rass. giur. en. el.*, 1987, 955 ss.

[43] F. De Leonardis, *Il ruolo delle energie rinnovabili nella programmazione energetica nazionale*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2013. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013, 131 ss.

[44] M. Lottini, *Il mercato europeo: profili pubblicistici*, Napoli, 2010, 306.

[45] Cfr. Corte Giust. UE, 19 settembre 2000, C-287/98; Corte Giust. UE, 28 febbraio 1991, C-360/87; Cons. Stato, Sez. IV, 3 ottobre 2014, n. 4967, in *Foro amm.*, 2014, 2530.

[46] Si tratta di Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4712, in www.giustizia-amministrativa.it.

[47] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 aprile 2013, n. 3249, in www.giustizia-amministrativa.it.

[48] A conferma di tale opzione ermeneutica è possibile richiamare quelle pronunce della Corte Costituzionale con le quali è stata dichiarata l'illegittimità di disposizioni normative regionali che avevano introdotto ingiustificati aggravati per la realizzazione e l'esercizio di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, in ragione del "principio fondamentale di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile, stabilito dal legislatore statale in conformità alla normativa dell'Unione Europea", Corte Cost., 15 aprile 2019, n. 86, in *Le Regioni*, 3/2019, 837, con nota di C. Pellegrino, *Ambiente ed Energia: la Corte costituzionale conferma i suoi orientamenti e il suo ruolo di supplenza ermeneutica*. In termini v. anche Corte Cost., 30 gennaio 2014, n. 13, in *Foro amm.*, 2014, 372; Corte Cost., 11 febbraio 2011, n. 44, in *Giur. cost.*, 2001, 612.

[49] N. Longobardi, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva Bolkestein» modello di semplificazione*, in www.amministrazioneincammino.it, 2009.

[50] V. Parisio, *Direttiva «Bolkestein», silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato A.P. 29 luglio 2011 n. 15*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 2978 ss.

[51] In generale, sul difficile bilanciamento, in materia energetica, tra tutela ambientale e iniziativa economica privata nell'ottica della semplificazione v. A. Moliterni, *La regolazione delle fonti energetiche rinnovabili tra tutela dell'ambiente e libertà dell'iniziativa economica privata: la difficile semplificazione amministrativa*, in *Federalismi*, 18/2017.

[52] G.F. Cartei, *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili*, cit., 606.

[53] T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 26 novembre 2020, n. 12631, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 11 agosto 2020, n. 9158 in www.giustizia-amministrativa.it.

[54] G. La Rosa, *La rideterminazione dei poteri del GSE nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, cit., 8.

[55] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 aprile 2020, n.3856, in www.giustizia-amministrativa.it.

[56] Cons. Stato, Ad. Plen. 11 settembre 2020, n. 18, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini anche T.A.R. Lazio, Roma, Lazio, sez. III, 23 marzo 2020, n.3569 in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che "La potestà esercitata dal GSE S.p.A., a seguito della verifica della non corrispondenza tra la situazione reale e quella dichiarata al momento della domanda di incentivazione (quale potere immanente di verifica della spettanza dei benefici previsti per la produzione di energia elettrica), non ha connotazioni sanzionatorie, trattandosi piuttosto di un atto vincolato di decadenza accertativa assunto in ragione della mancanza *ab origine* dei requisiti oggettivi per l'ammissione all'incentivo pubblico". Per una ricostruzione del dibattito sulla natura dei poteri esercitati di controllo e revisione esercitati dal GSE v. G. La Rosa, *La rideterminazione dei poteri del GSE nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, cit., 6-9.

[57] M. Andreis, *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, 2006, 61 ss.; P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008, 326. In giurisprudenza v. Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2019, n. 7557, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2017, n. 2109, *ivi*. *Contra* V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5556; T.A.R. Veneto, Sez. III, 18 giugno 2008, n. 1799, in www.giustizia-amministrativa.it. Da ultimo, su tale profilo, v. G. Strazza, *L'ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza*, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2020, 864 ss.

[58] Al riguardo si osserva, per inciso, come il regime del silenzio assenso si configuri in ogni caso pienamente compatibile con l'esercizio di un potere discrezionale, nella misura in cui la previsione di una ipotesi di silenzio significativo non comporta affatto il riconoscimento in capo all'amministrazione della libertà di non porre in essere l'attività istruttoria necessaria e di non farsi carico di valutare gli interessi concorrenti a quello affidato all'autorità procedente. Su tale aspetto sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi*, 10/2020, 40-43.

[59] Sulle diverse ragioni che giustificano il carattere conformativo delle autorizzazioni ambientali e sulla portata nodale dei contenuti prescrittivi in un'ottica di maggiore efficacia delle politiche di tutela dei beni ambientali, si rinvia alle riflessioni di E. Frediani, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 121 ss.

[60] Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2011, per la costruzione e l'esercizio degli impianti da fonti rinnovabili è previsto il rilascio di un'autorizzazione unica di competenza regionale. Il successivo art. 6 specifica, tuttavia, che tale disciplina generale non trova applicazione in relazione agli impianti con una capacità di generazione inferiore individuati nei paragrafi 11 e 12 delle linee guida adottate ai sensi dell'articolo 12, comma 10, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, per i quali è

prevista l'applicazione della procedura abilitativa semplificata (PAS). Sul tema si rinvia a M.T. Rizzo, *Le fonti rinnovabili e l'autorizzazione unica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 5/2014, 1136 ss. Per un'analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale, tesa a dichiarare l'illegittimità costituzionale di disposizioni regionali volte ad estendere l'ambito di applicabilità dei regimi semplificati, v. A. Colavecchio, *Il "punto" sulla giurisprudenza costituzionale in tema di impianti da fonti rinnovabili*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1/2011, 106 ss.

[61] Di recente la Corte costituzionale è intervenuta nel settore degli incentivi energetici proprio per ribadire la necessità che gli interventi decadenziali *ex post* del GSE rispondano maggiormente ai canoni di adeguatezza e proporzionalità (cfr. Corte Cost., 13 novembre 2020, n. 237, in www.cortecostituzionale.it).

[62] F. Manganaro, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2/2019, 297 ss.; AA.VV., *Annuario 2014. L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale*, Napoli, 2015.

[63] Sul punto si segnala, invero, come il recente Regolamento operativo per l'accesso agli incentivi in materia energetica pubblicato dal GSE il 30 settembre 2020 chiarisca che – per quanto concerne i procedimenti di cui all'attuale sistema di incentivazione – è previsto il rilascio obbligatorio di un provvedimento formale, con espressa esclusione dell'operatività del regime del silenzio assenso (https://www.gse.it/documenti_site/Documenti%20GSE/Servizi%20per%20te/FER%20ELETTRICHE/NORMATI VE/DM%20FER%202019%20Regolamento%20Operativo%20per%20l%20Accesso%20agli%20incentivi%20con%20Al legati.pdf).

[64] “La necessità di tutelare l'affidamento del cittadino sulla certezza delle statuizioni giuridiche assume com'è noto, in relazione al fenomeno dell'incentivazione economica, ossia dell'azione pubblica con una funzione promozionale verso l'ottenimento di determinate finalità «sociali», profili assai delicati perché incide sull'esplicazione della libertà d'iniziativa economica privata alla luce dell'art. 41 Cost”, M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento*, cit., 58, la quale si sofferma ampiamente sui diversi profili di incertezza nell'*an* e nel *quantum* che hanno caratterizzato i diversi Conti energia succedutisi negli anni. Sul tema del ruolo centrale rappresentato dalla certezza regolatoria in un'ottica di sviluppo del Paese si veda, da ultimo, M. Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2020, 159 ss.

[65] F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Dir. econ.*, 1/2019, 229 ss. Sul rapporto tra perseguimento dell'interesse pubblico e affidamento del privato in materia di incentivi energetici si sofferma anche A. Travi, il quale, nel suo *I poteri di revisione del g.s.e.*, in P. Biandino, M. De Focatis (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Torino, 2017, 119 ss., osserva che “la previsione di una incentivazione, che ha come obiettivo istituzionale quello di determinare condotte specifiche dell'operatore, introduce in modo più forte la necessità di una garanzia concreta dell'affidamento”, 135.

[66] Sulla possibilità di configurare profili di responsabilità in capo all'amministrazione che, a causa del ritardo con il quale ha rilasciato l'autorizzazione all'installazione di impianti di energia da fonti rinnovabili, abbia negato di fatto all'impresa la possibilità di accedere ai regimi di sostegno economico, v. Cons. giust. amm., sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136, annotata in questa Rivista da M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria*.

[67] In generale, per una riflessione sui margini di compatibilità esistenti tra politiche di semplificazione amministrativa e adeguata tutela degli interessi ambientali si rinvia a F. Liguori, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 1/2020, 3 ss.; M. Renna, *Le semplificazioni amministrative (nel d. lgs. n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 649 ss.; F. De Leonardis, *Semplificazioni e ambiente*, in AA.VV., *Rapporto Italiadecide 2015*, Bologna, 2015, 431 ss.; M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 37 ss.

[68] Per una ampia analisi delle conseguenze derivanti dalla recente estensione – ai sensi della nuova formulazione dell'art. 14-bis e del nuovo art. 17-bis, l.n. 241/1990 – del c.d. silenzio assenso orizzontale anche alla materia ambientale si rinvia al lavoro monografico di R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020, spec. 155 ss. e 185 ss. Sul tema del rapporto tra decisione silenziosa e interessi sensibili v. anche M. Brocca, *Interessi ambientali e decisioni amministrative*, Torino, 2018, 108 ss.; G. Mari, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia del silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. ed.*, 5/2017, 306 ss.; A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 4/2017, 699 ss.; E. Zampetti, *Note critiche in tema di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni*, in S. Tuccillo (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2005*, Napoli, 2016, 199 ss.

[69] E. Scotti, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la via e i procedimenti unificati*, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2018, 366, la quale dimostra come a tale “superamento dello statuto privilegiato dell'interesse ambientale” si accompagni la “dequotazione della tutela” dello stesso.

24 marzo 2021

[70] S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 102 ss.; M.A. Sandulli, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 453 ss.; M.R. Spasiano, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2009, 75 ss.

[71] M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 61 ss.

[72] Su tale aspetto sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere:*

le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione, in *Federalismi*, 10/2020.

[73] G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 144; A. Scognamiglio, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, *Dir. proc. amm.*, 2/2017, 452.

[74] Per una prima analisi della effettiva portata chiarificatrice di tale intervento normativo si rinvia a M. A. Sandulli, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 2019, 13-15.

[75] L. Pergolizzi, *Il d.l. n. 76/2020 nel processo di attuazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima*, in *Ambienteditto*, 3/2020.

[76] https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_it.

[77] Da ultimo, sottolinea come si possa ancora oggi registrare un grave atteggiamento ostativo da parte del decisore pubblico nei confronti dello sviluppo di produzione energetica da fonti rinnovabili, in aperta contraddizione con il processo di valorizzazione della *green energy* in atto sia a livello internazionale che europeo S. Amorosino, «Nobiltà» (dei proclami politici) e «miseria» (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2020, 255 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2052 – 3 dicembre 2021

La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili (nota a Corte Giust. UE, Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18)

di Marco Calabrò

Sommario: 1. La vicenda. – 2. Principi e ratio della disciplina in materia di incentivi energetici. – 3. La perimetrazione della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE. – 4. L'iter motivazionale della pronuncia: non configurabilità della violazione dell'art. 3, par. 3, lett. a) della direttiva 2009/28/CE. – 4.1. Il parametro della prevedibilità. – 4.2. Il parametro della retroattività della norma. – 4.3. Non configurabilità della violazione del diritto di proprietà e della libertà di impresa di cui agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. – 5. Legislazione incentivante, recessività della tutela dell'affidamento e incertezza del diritto.

1.- La vicenda.

La Corte di Giustizia UE è tornata ad occuparsi della compatibilità con il diritto europeo di una normativa nazionale che preveda una riduzione di incentivi (nel caso di specie in materia di energia) precedentemente riconosciuti agli operatori economici mediante decisioni amministrative e successive convenzioni. Nello specifico, la controversia ha ad oggetto il disposto dell'art. 26, co. 2 e 3 del d.l. n. 91/2014, conv. in l. n. 116/2014 (cd. Spalma-incentivi), ai sensi del quale si è proceduto ad una rimodulazione degli incentivi per gli impianti di potenza superiore a 200 kW precedentemente assegnati con il c.d. Quarto Conto Energia (d.lgs. n. 28/2011), imponendo ai produttori di energia da fonti rinnovabili che avevano aderito al sistema incentivante di optare per una tra tre nuove ipotesi di modello

tariffario, tutte comunque incidenti in senso peggiorativo sulla loro posizione. Ciò, si badi, è avvenuto in un momento nel quale la precedente legislazione incentivante non aveva ancora terminato di produrre i suoi effetti, con la conseguenza che l'intervento legislativo ha evidentemente esplicato un effetto novativo su un rapporto di durata intercorrente tra GSE e società produttrici di energia, rapporto fondato non solo su provvedimenti attributivi delle tariffe incentivanti, ma anche su appositi contratti di durata ventennale stipulati tra le parti.

Alcuni operatori economici colpiti dalla citata riforma impugnavano innanzi al T.A.R. Lazio, i decreti ministeriali attuativi dell'art. 26 cit., dolendosi della presunta illegittimità di una modifica unilaterale delle condizioni giuridiche sulla cui base le stesse società produttrici di energia avevano impostato la propria attività economica, legittimamente fidando su un sistema incentivante la cui durata ed entità erano state espressamente indicate dallo stesso GSE. Con ordinanza n. 11124 del 16 novembre 2018, il T.A.R. Lazio riteneva necessario rimettere alla Corte di Giustizia UE questione pregiudiziale circa la possibilità o meno per un legislatore nazionale – a seguito di una diversa valutazione degli interessi in gioco – di intervenire su situazioni giuridiche già consolidate in forza di provvedimenti concedenti incentivi, nonché in forza di convenzioni già stipulate con la parte pubblica.

Il Giudice nazionale prospetta molteplici possibili contrasti tra la normativa italiana e il diritto europeo: in primo luogo, la sopravvenuta rimodulazione, in senso peggiorativo, del sistema tariffario – incidendo prima del termine della loro naturale scadenza su rapporti di durata “cristallizzati” sulla base di provvedimenti concessori e convenzioni di diritto privato – potrebbe ritenersi in contrasto con i principi generali del legittimo affidamento e della certezza del diritto. Per le medesime ragioni, viene prospettato come la suddetta rivalutazione degli interessi pubblici, in assenza di circostanze eccezionali che la giustifichi, si potrebbe ritenere in contrasto con gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rispettivamente libertà di impresa e diritto di proprietà), in quanto – alterando l'effettività delle misure incentivanti già formalmente accordate – determinerebbe una lesione del diritto dell'operatore economico di programmare e gestire la propria attività imprenditoriale sulla base di posizioni contrattuali predeterminate^[1].

La vicenda si inquadra nell'ambito del tema dei limiti della tutela del legittimo affidamento del cittadino non nei confronti delle scelte della p.a.^[2], bensì a fronte di modifiche dell'assetto regolatorio, tema che ha a lungo impegnato la dottrina, con specifico riferimento alle leggi retroattive, nonché – come si chiarirà meglio *infra* – in merito a quelle disposizioni che, pur non avendo carattere retroattivo in senso proprio, esplicano i propri effetti su rapporti di durata^[3]. Premessa la facoltà del legislatore di intervenire anche incidendo su posizioni giuridiche sorte sulla base di disposizioni precedenti, l'affidamento del privato rilevarebbe laddove il contesto nel quale si colloca la norma anteriore ed il contenuto della stessa siano tali da “indurre i destinatari a confidare nella stabilità nel tempo dell'«assetto regolatorio» a fronte del quale (dati i suoi caratteri, da valutare caso per caso) «l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato»”^[4].

Richiamate le coordinate di riferimento, deve ora osservarsi come la fattispecie oggetto della pronuncia in esame assuma invero una connotazione specifica, in ragione di almeno due ordini di motivi. Da un lato, la normativa sulla base della quale sono sorti i rapporti di durata tra GSE e operatori economici è inquadrabile nella c.d. legislazione incentivante, ovvero in quella tipologia di intervento normativo volto a conseguire obiettivi di interesse pubblico “indirizzando” le scelte imprenditoriali private, per l'appunto attraverso il riconoscimento di

un incentivo tale da rendere economicamente conveniente un'attività che altrimenti risulterebbe in perdita^[5]. E' bene sin d'ora sottolineare come tale modello di intervento pubblico nell'economia – teso, nel caso di specie, ad incrementare la produzione di energia da fonti rinnovabili in un'ottica di tutela dell'ambiente e sicurezza del mercato energetico attraverso la riduzione della dipendenza degli Stati europei dall'importazione di idrocarburi – proprio perché idoneo a “condizionare” profondamente la libera iniziativa economica privata, renda la posizione dell'operatore economico almeno astrattamente più “forte” in termini di legittimo affidamento.

A ciò deve aggiungersi che, nel caso di specie, le tariffe incentivanti non sono state semplicemente disciplinate *ex lege* e riconosciute ai soggetti richiedenti mediante provvedimento concessorio (*ex se* revocabile a fronte di una nuova valutazione degli interessi pubblici in gioco), ma hanno altresì formato oggetto di accordi di diritto privato tra operatori economici e GSE, accordi con i quali i primi si obbligavano a realizzare e far entrare in esercizio l'impianto fotovoltaico ed il secondo, per l'appunto, a garantire per un certo periodo di tempo un determinato sistema tariffario “incentivato”.

Come noto, la vicenda in esame aveva già dato vita ad un ampio contenzioso, confluito da ultimo nella sentenza della Corte costituzionale 24 gennaio 2017, n. 16, con la quale la Consulta respingeva le questioni di legittimità costituzionale sollevate, ritenendo, da un lato, non sussistente una lesione del legittimo affidamento degli operatori economici attesa la “non imprevedibilità” della rimodulazione degli incentivi e, dall'altro lato, nemmeno configurabile una lesione della libertà di iniziativa economica in quanto i limiti apposti al suo esercizio non risultavano arbitrari né incongrui, bensì rispondenti “ad un intervento pubblico in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi relativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica”^[6].

Il T.A.R. del Lazio, ritenendo che la pronuncia della Consulta non avesse risolto tutti i profili sollevati, ha ritenuto comunque necessario rimettere alla Corte di Giustizia UE la questione circa la compatibilità delle disposizioni di cui all'art. 26, co. 2 e 3 del d.l. n. 91/2014 cit. con il diritto europeo, prospettando la possibile violazione della libertà di impresa (art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) del diritto di proprietà (art. 17 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e, primariamente, del principio del legittimo affidamento, che – benché non espressamente codificato nei Trattati – è ormai assunto da tempo a principio generale dell'ordinamento Europeo, proprio grazie ad un'ampia elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia^[7].

Ebbene, pur richiamando la centralità dei principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento nel settore *de quo*, e pur riconoscendo che l'art. 26 cit. incide sensibilmente in senso peggiorativo sui regimi di sostegno previamente introdotti, con la pronuncia in commento i giudici europei hanno ritenuto che l'intervento del legislatore italiano non configurasse una violazione delle disposizioni di cui alla dir. 2009/28/CE, concretandosi esso in una rimodulazione del sistema incentivante: a) giustificata da idonee ragioni di interesse pubblico, b) prevedibile, c) non retroattiva. E' sulla verifica della effettiva sussistenza di tali presunti caratteri della normativa contestata che ci si soffermerà nel prosieguo dell'indagine.

2. Principi e *ratio* della disciplina in materia di incentivi energetici.

Con diverse direttive susseguitesi nel tempo (2001/77/CE; 2009/28/CE; 2018/2001/UE), l'Unione Europea ha individuato la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili come obiettivo altamente prioritario, strumentale ad incrementare la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, a stimolare la competitività del sistema produttivo ed a ridurre le emissioni inquinanti in atmosfera[8]. L'Italia ha inteso dare attuazione a tale obiettivo attraverso l'introduzione di eterogenee forme di incentivazione[9], tutte consistenti in strumenti di mercato volti a rendere sostenibili dal punto di vista economico investimenti per impianti FER, atteso il costo di produzione nettamente più elevato rispetto alla produzione di energia elettrica da fonti fossili[10].

Tali interventi rientrano nel più ampio processo di revisione delle politiche pubbliche in materia ambientale, volto ad affiancare all'utilizzo di modelli di *command and control* strumenti idonei ad utilizzare dinamiche di mercato al fine di rendere conveniente per gli operatori economici orientare spontaneamente i loro comportamenti verso la tutela dell'ambiente[11]. Da tempo sono emersi i limiti connessi alle politiche tradizionali di tutela ambientale, limiti essenzialmente legati alla concentrazione del potere decisionale in capo alla pubblica amministrazione ed alle relative conseguenze in termini di inefficienza derivanti dal carattere accentrato e preventivo della decisione[12]. Accanto all'emersione del fallimento di politiche volte a tutelare l'ambiente solo attraverso rigide determinazioni e programmazioni, spesso sconfessate, si è, nel contempo, sviluppato un differente approccio, essenzialmente fondato sulla convinzione che un utilizzo "orientato" di alcune tecniche di mercato possa rivelarsi utile alla difesa dell'ambiente, in una dimensione di tutela "attraverso il mercato", ovvero di ricorso a strumenti (quali, per l'appunto, gli incentivi tariffari) "che fanno leva sulle dinamiche di mercato e sulle modalità di funzionamento del medesimo per promuovere la tutela dell'ambiente"[13].

Tra i modelli di incentivazione che hanno svolto un ruolo strategico negli ultimi venti anni per lo sviluppo del mercato energetico italiano, dando impulso alla crescita della produzione da fonti rinnovabili, assume una posizione centrale il c.d. Conto energia[14], oggetto della pronuncia in commento. Esso consiste nell'erogazione di un incentivo aggiuntivo rispetto al prezzo di mercato (sistema *feed in premium*), il che – comportando il permanere di un margine di rischio in capo al produttore – può condurre tanto ad una situazione di insufficienza della misura incentivante a fronte di un prezzo di mercato molto basso, quanto, al contrario, ad un eccesso di incentivazione. Ed è proprio quest'ultimo il caso che ha connotato l'esperienza italiana, per tale ragione segnata da una "parabola discendente" del sistema incentivante: la progressiva riduzione dei costi necessari per la realizzazione e l'entrata in esercizio degli impianti FER, in uno con il notevole successo registrato dai diversi Conti energia susseguiti nel tempo, hanno indotto il legislatore italiano a ridurre progressivamente l'entità ed il periodo di operatività delle tariffe incentivanti, operazione che – per le ragioni che si chiariranno *infra* – ha per l'appunto fatto sorgere il contenzioso di cui ci si occupa in questa sede[15].

Ai nostri fini occorre in ogni caso chiarire che le direttive europee in materia di promozione di energia rinnovabile hanno tutte riconosciuto una ampia discrezionalità agli Stati membri in ordine alla individuazione della tipologia di misure di sostegno ritenute necessarie per il raggiungimento degli obiettivi nazionali di produzione di energia "verde"; in tal senso non sussiste alcun obbligo di introduzione e mantenimento di un regime tariffario incentivante,

a patto che gli obiettivi di promozione siano comunque raggiunti^[16]. Ciò posto, tuttavia, la stessa Corte di Giustizia UE ha in più occasioni sottolineato che, una volta adottate misure di incentivazione, queste debbano essere gestite nel rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione Europea, tra i quali figurano la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento, essenziali per garantire la fiducia degli operatori economici e, di conseguenza, l'efficacia delle misure stesse^[17]. La stessa direttiva 2009/28/CE, della quale la normativa oggetto di contestazione è attuazione, ribadisce in più di una occasione la centralità del rispetto dei principi di certezza del diritto e legittimo affidamento, laddove prevede l'esigenza di "creare la stabilità a lungo termine di cui le imprese hanno bisogno per effettuare investimenti razionali e sostenibili nel settore delle energie rinnovabili" (considerando n. 8), o afferma come "la principale finalità di obiettivi nazionali obbligatori è creare certezza per gli investitori" (considerando n. 14), o, ancora, sottolinea l'importanza di "garantire il corretto funzionamento dei regimi di sostegno nazionali [...] al fine di mantenere la fiducia degli investitori" (considerando n. 25)^[18].

3. La perimetrazione della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE.

Come noto, al principio del legittimo affidamento – benché non espressamente menzionato nella Costituzione italiana – la Consulta ha da tempo riconosciuto un valore autonomo, il cui fondamento viene rinvenuto in alcune pronunce nel solo art. 3 Cost.^[19] ed in altre in un parametro composito rappresentato dall'art. 3 e dalla disposizione di rango costituzionale garante del diritto o della libertà di volta in volta incisi negativamente dall'intervento retroattivo del legislatore^[20]. In particolare, al cittadino è riconosciuta la tutela del legittimo affidamento sia nelle ipotesi in cui la norma retroattiva incida su posizioni giuridiche soggettive consolidate, sia in quelle fattispecie nelle quali l'effetto negativo della disposizione sopravvenuta ricada su rapporti di durata (c.d. retroattività impropria)^[21]. L'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica e, più in generale, nella certezza del diritto^[22], rappresenta senza dubbio un elemento fondante lo Stato di diritto; tuttavia, la giurisprudenza della Corte costituzionale chiarisce, da un lato, che affinché si possa configurare un legittimo affidamento tutelabile, la posizione giuridica incisa debba essere collocata in un contesto idoneo a far sorgere in capo al destinatario una ragionevole aspettativa di mantenimento della posizione giuridica favorevole e, dall'altro lato, che interessi pubblici sopravvenuti possono esigere interventi normativi in grado di comprimere posizioni consolidate, a patto che "l'incidenza peggiorativa non sia sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito nell'interesse della collettività; per altro verso, che l'intervento di modifica sia prevedibile, non potendosi tollerare mutamenti retroattivi dell'assetto di interessi relativo a rapporti di durata consolidati nel tempo, del tutto inaspettati"^[23].

Nella medesima scia anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, sebbene quest'ultima sia tendenzialmente volta a riconoscere una portata applicativa più estesa al principio del legittimo affidamento (espressamente qualificato "principio fondamentale della comunità")^[24], laddove ne sostiene l'operatività anche in ipotesi di normativa sopravvenuta non avente efficacia retroattiva, quale clausola che, più in generale, legittimerebbe i cittadini a fare affidamento sulla stabilità di una disciplina "di fronte ad una sua modifica improvvisa che non potevano ragionevolmente aspettarsi o qualora il comportamento dell'istituzione abbia fatto sorgere nell'interessato un'aspettativa ragionevolmente fondata"^[25]. Tale

prospettiva rende viepiù non tollerabile un intervento legislativo che – incidendo retroattivamente su rapporti definiti o di durata – privi il singolo di una posizione giuridica consolidata sulla base della precedente normativa.

Tuttavia, anche la Corte di Giustizia – nel riconoscere ampio rilievo al principio del legittimo affidamento – nel contempo ne perimetra l’operatività, chiarendo che il singolo non può avvalersi del suddetto principio qualora un operatore economico “prudente ed accorto” avrebbe potuto/dovuto prevedere l’adozione di un provvedimento successivo atto a ledere i propri interessi[26]. Il giudice europeo, pertanto, individua un preciso limite alla tutela del legittimo affidamento nella prevedibilità del successivo mutamento (in senso peggiorativo) della regolazione, prevedibilità che evidentemente non consente il pieno consolidamento della posizione di cui beneficiava il soggetto: in tal senso, l’operatore economico che non ha tenuto in debita considerazione i caratteri (precarì) della normativa nazionale ed europea di riferimento, ovvero non ha attribuito il giusto peso a precedenti comportamenti analoghi del regolatore, non è legittimato ad invocare la tutela del principio *de quo*[27].

In altri termini, la Corte esclude che il legittimo affidamento attribuisca all’operatore economico un diritto assoluto alla conservazione di una regolazione favorevole, riconoscendo, come è ovvio, alle autorità nazionali il potere discrezionale di intervenire modificando anche in senso peggiorativo un assetto normativo[28]. Tuttavia, tale intervento può incidere solo su posizioni giuridiche non ancora consolidate[29] e, nel contempo, oltre a fondarsi su motivi imperativi di interesse generale[30], deve trovare una sua adeguata giustificazione secondo parametri di ragionevolezza e prevedibilità. Con specifico riferimento ai rapporti di durata, poi, il giudice europeo chiarisce che la tutela del legittimo affidamento pretende che lo *ius superveniens* contempli anche una disciplina transitoria, nonché, se del caso, misure di compensazione, al fine di preservare gli operatori economici dai pregiudizi derivanti dal passaggio al nuovo regime[31].

In sintesi si può affermare come – secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE – la salvaguardia delle posizioni di vantaggio pregresse sia generalmente affidata al criterio della prevedibilità del mutamento della regolazione, nonché al principio della irretroattività delle norme sopravvenute[32]; come si avrà modo di illustrare, tuttavia, non solo il parametro della prevedibilità si rivela di difficile “oggettivizzazione”, ma in fattispecie quali quella in esame – incidenti su rapporti di durata – la stessa efficacia retroattiva o meno di una disposizione può risultare opinabile e oggetto di differenti ricostruzioni.

4. L’iter motivazionale della pronuncia: non configurabilità della violazione dell’art. 3, par. 3, lett. a) della direttiva 2009/28/CE.

4.1. Il parametro della prevedibilità.

I ricorrenti sostengono che l’art. 26 del d.l. n. 91/2014, nel modificare repentinamente in maniera svantaggiosa per i gestori di impianti fotovoltaici gli importi degli incentivi, violerebbe la stessa direttiva che la norma in questione è chiamata ad attuare: come detto, infatti, la dir. 2009/28/CE richiede agli Stati membri, tra l’altro, di definire una regolazione stabile, presupposto indispensabile affinché le imprese possano effettuare investimenti razionali e sostenibili nel settore delle energie rinnovabili. A ciò deve aggiungersi come, nel

caso di specie, si stia discutendo di una legge di incentivazione, atta ad orientare l'iniziativa economica privata verso finalità di interesse pubblico, generando così "nei destinatari uno specifico affidamento nell'ottenimento del beneficio x al realizzarsi della condizione y"[33], affidamento al quale è riconosciuta una particolare "forza" proprio in ragione del "nesso eziologico tra l'incentivo e l'agire del privato"[34].

Ebbene, con la pronuncia in commento, la Corte di Giustizia esclude che possa configurarsi una lesione della direttiva citata e, quindi, del legittimo affidamento, ritenendo di poter qualificare chiaro e prevedibile l'operato del legislatore italiano, tale da consentire agli interessati di immaginare senza ambiguità la possibile evoluzione della loro posizione giuridica e di potersi regolare di conseguenza. In particolare, i giudici sottolineano come il d.gs. n. 28/2011, nell'introdurre il Quarto conto energia, indicasse una durata non predeterminata degli incentivi e prevedesse un tetto massimo di potenza elettrica incentivante, il che avrebbe dovuto indurre l'operatore economico accorto a prendere in considerazione la possibile riduzione o addirittura soppressione nel tempo del regime delle tariffe incentivanti. E' facile obiettare, tuttavia, che quanto osservato vale senz'altro nei confronti dei soggetti che ambivano ad ottenere l'incentivo, non però per gli operatori economici che, come i ricorrenti, si erano già visti riconoscere il beneficio, non solo con provvedimento amministrativo, ma anche con la stipula di una convenzione *ad hoc* con il GSE. E' vero che nei suddetti contratti il Gestore dei Servizi Energetici si riservava di modificare unilateralmente le condizioni di erogazione in ragione di eventuali sviluppi normativi, ma è evidente che tale *ius modificandi* dovesse essere attuato nel rispetto dei principi del legittimo affidamento e di proporzionalità, il che non è stato. La convenzione, infatti, riconosceva nello specifico al GSE la facoltà di "modificare le clausole [...] in contrasto con il quadro normativo di riferimento"; al contrario, nei fatti, il legislatore del 2014 non si è limitato a variare il contenuto di alcune clausole, bensì ha completamente stravolto il modello di incentivazione!

La Corte di Giustizia, tra l'altro, "dimentica" di ricordare una circostanza invero dirimente in ordine al parametro della prevedibilità, ovvero che gli operatori economici avevano in più occasioni ricevuto espressa garanzia circa il mantenimento costante delle tariffe incentivanti per l'intero ventennio originariamente previsto: ci si riferisce alla lettera di riconoscimento delle tariffe, inviata dal GSE, seguita poi dalla stipula della convenzione tesa a regolare i rispettivi obblighi e diritti, documenti entrambi contenenti un chiaro riferimento al periodo di tempo ventennale di costante erogazione degli incentivi. Appare, quindi, quantomeno paradossale l'affermazione secondo la quale, a fronte di tali esplicite e ripetute rassicurazioni, un operatore economico prudente ed accorto avrebbe dovuto immaginare una loro rimodulazione *in peius*.

Nelle sue conclusioni[35], l'Avvocato Generale sostiene che le modifiche in senso peggiorativo avrebbero dovuto essere tanto più prevedibili a fronte della lunga durata della convenzione (20 anni). Eppure, è evidente come la scelta di una durata almeno ventennale dell'efficacia della misura incentivante derivasse quasi obbligatoriamente dalla necessità di rendere remunerativo l'ingente investimento iniziale (per la realizzazione e l'entrata in esercizio dell'impianto), ed è stato proprio il poter fare affidamento su un determinato incentivo per molti anni a venire ad indurre l'operatore economico ad effettuare un investimento senza dubbio "in perdita" per il primo periodo di attività. In altri termini, la natura stessa della legislazione incentivante in questione presuppone l'instaurazione di un rapporto stabile e duraturo, con la conseguenza che la durata ventennale della convenzione

non può fungere certo da “indizio” di una possibile “non tenuta nel tempo” dello stesso regime tariffario.

La pronuncia in esame fonda altresì il presupposto della prevedibilità della rimodulazione del modello tariffario sulla circostanza che anche durante la vigenza dei precedenti Conti energia il legislatore italiano era intervenuto con riduzioni tariffarie “in corso d’opera”. Tuttavia, a ben vedere, nelle precedenti occasioni le suddette revisioni in senso peggiorativo del sistema incentivante trovavano applicazione unicamente *pro futuro*, ovvero nei confronti degli operatori economici titolari di impianti non ancora realizzati o non entrati in esercizio, non incidendo – come invece è accaduto nel caso di specie – su posizioni giuridiche consolidate, in quanto riferite a tariffe già riconosciute relativamente ad impianti operativi. Ne è prova il precedente della Corte di Giustizia 11 luglio 2019, *Agrenergy s.r.l. e Fusignano Due s.r.l. c. Ministero dello Sviluppo Economico*, cause riunite C-180/18, C-286/18 e C-287/18, laddove – nel decidere sulla compatibilità con il diritto UE della normativa italiana che aveva preventivamente “chiuso” il regime introdotto dal Quarto conto energia – ha condivisibilmente escluso che in quella circostanza si configurasse una lesione del principio del legittimo affidamento in capo a quegli operatori economici che non erano stati ancora ammessi al modello incentivante *de quo* (per mancato inserimento in apposito registro tenuto dal GSE e per superamento dell’importo complessivo massimo di incentivazione previsto). In quel caso, dunque, i ricorrenti non risultavano affatto assegnatari di incentivo e, pertanto, non avrebbero potuto vantare alcun legittimo affidamento nell’applicazione di quel regime al posto di quello (meno favorevole) successivamente introdotto dal Quinto conto energia.

4.2. Il parametro della retroattività della norma.

Le istituzioni europee appaiono ben consapevoli del rischio per lo sviluppo del mercato energetico derivante dall’introduzione, da parte degli Stati membri, di misure retroattive incidenti in senso peggiorativo sui regimi di sostegno. Una Comunicazione della Commissione del 2013 affermava inequivocabilmente che “le misure di sostegno devono rappresentare un impegno stabile, a lungo termine, trasparente, prevedibile e credibile nei confronti degli investitori”^[36].

L’analisi del tema della retroattività della legge, con specifico riferimento alle normative contenenti incentivi tesi a indurre l’intrapresa di attività economiche altrimenti in perdita, ha indotto in passato parte della dottrina a riconoscere alle leggi di incentivazione una particolare “forza passiva”, tale da escludere del tutto la possibilità di una loro successiva modifica *in peius* determinante una riduzione o addirittura rimozione dei benefici originariamente concessi^[37]: secondo tale orientamento, il peculiare patto di fiducia che si instaurerebbe tra operatore economico e regolatore condurrebbe ad una sorta di irretrattabilità^[38] di quelle misure. Pur non aderendo a tale orientamento, la Corte costituzionale – nel chiarire che il principio della irretroattività della legge non penale non assurge a principio costituzionale – ha in più occasioni ribadito che ad esso il legislatore è tenuto comunque ad attenersi fin quando possibile, in ragione della primaria esigenza della garanzia della certezza del diritto^[39].

Al riguardo, come già ricordato (v. § 3), la stessa Corte di Giustizia ha di frequente riconosciuto la tutela del legittimo affidamento non solo nei confronti di disposizioni propriamente retroattive, ma anche allorquando comportamenti o esplicite comunicazioni delle istituzioni abbiano ingenerato nel privato fondate aspettative circa il mantenimento di

una evoluzione coerente della regolazione, ritenendo così meritevoli di tutela anche posizioni non formalmente consolidate.

Ebbene, in ordine alla fattispecie oggetto della pronuncia in commento, a ben vedere i giudici europei avrebbero potuto riconoscere la sussistenza di un legittimo affidamento tutelabile anche senza aderire alla suddetta applicazione estensiva del principio: come detto, nel caso di specie, il diverso (e meno favorevole) sistema incentivante imposto dall'art. 26 cit. riguarda soggetti ai quali l'incentivo era già stato formalmente riconosciuto, sia con provvedimento amministrativo che con la successiva stipula di un contratto di diritto privato. Affermare, come fa la Corte, che le convenzioni concluse con il GSE non assegnavano gli incentivi, limitandosi piuttosto a fissarne le modalità di erogazione, non muta la circostanza in base alla quale le tariffe incentivanti non erano state semplicemente "prospettate" agli operatori economici ricorrenti, bensì espressamente loro assegnate mediante una precedente decisione amministrativa: al fine di riconoscere la tutela del loro legittimo affidamento, pertanto, sarebbe stato sufficiente richiamare l'interpretazione maggiormente restrittiva del principio, secondo la quale la legge con effetti retroattivi non può incidere su diritti quesiti, ovvero su "fatti e rapporti che hanno spiegato tutti gli effetti loro e si sono esauriti sotto l'impero della norma antica"^[40].

In altri termini, anche applicando la concezione meno "ampia" di irretroattività della norma, ovvero quella che contempla la tutela dell'affidamento di sole posizioni configurabili come aspettative consolidate e non meramente attese, nella fattispecie *de qua* la Corte di Giustizia avrebbe dovuto ritenere violativo del legittimo affidamento l'operato del legislatore italiano e, conseguentemente, del GSE. Se è vero, infatti, che la rimodulazione *in peius* non ha inciso sugli incentivi già concretamente erogati – nel senso che non ne ha previsto la restituzione parziale – essa ha comunque prodotto i suoi effetti su incentivi dovuti (nel senso di già riconosciuti, sebbene da erogare negli anni a venire), il che rende evidentemente non condivisibile quanto affermato dai giudici circa la portata non retroattiva dell'art. 26 cit. contestato. Del resto, incentivi attribuiti da un provvedimento, la cui modalità di erogazione è ulteriormente specificata da una convenzione, non possono essere considerati solo astrattamente previsti, se non ritenendo "dovuti" unicamente gli incentivi già effettivamente "erogati", il che è evidentemente una contraddizione in termini. La dottrina parla, al riguardo, di "retroattività impropria", intesa quale idoneità della norma – formalmente efficace solo *pro futuro* – ad incidere su elementi costitutivi di rapporti di durata i cui caratteri erano stati predefiniti da disposizioni precedenti^[41].

La pronuncia in esame sembra piuttosto applicare quella risalente concezione del principio della irretroattività della legge che non individuava quale discrimine i diritti quesiti, quanto piuttosto l'idoneità o meno di incidere sul fatto generatore del diritto^[42]; ma appare evidente che l'adesione a tale orientamento condurrebbe ad una sostanziale frustrazione del principio del legittimo affidamento in tutte le ipotesi di rapporti di durata, senza tenere in conto, tra l'altro, il fatto che, a differenza del principio della certezza del diritto, il diverso principio del legittimo affidamento rileva primariamente proprio in relazione alle situazioni giuridiche destinate a durare nel tempo^[43].

Attesa la palese retroattività della disposizione contestata, non può sottacersi che in passato la Corte di Giustizia ha, invero, ritenuto recessiva la tutela del principio del legittimo affidamento anche a fronte dell'applicazione di misure meno favorevoli sostanzialmente retroattive, laddove, però, giustificate da motivi imperativi di interesse generale, nonché

idonee a realizzare gli obiettivi perseguiti senza eccedere quanto necessario per raggiungerli[44]. Nel caso di specie, tuttavia, il legislatore italiano non solo ha giustificato la *reformatio in peius* del regime tariffario in ragione di interessi pubblici già ampiamente valutati in sede di introduzione del Quarto conto energia (l'accresciuta remuneratività degli incentivi, a fronte della riduzione dei costi di produzione, e la contestuale esigenza di ridurre i costi sopportati dagli utenti finali), ma nemmeno si è minimamente soffermato sugli elementi atti a dimostrare che le misure peggiorative introdotte non risultavano eccedenti rispetto a quelle necessarie per raggiungere i suddetti interessi pubblici.

Al riguardo, è bene ricordare che l'art. 23 del d.lgs. n. 28/2011, con il quale è stato introdotto il Quarto conto energia, prevedeva che qualsiasi intervento nell'ambito della suddetta misura dovesse essere conforme ai principi di gradualità, al fine di garantire la salvaguardia degli investimenti effettuati e di proporzionalità rispetto agli obiettivi. In aperta contraddizione con tale dettato normativo – nonostante, come si è già avuto modo di osservare, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia affermi con chiarezza la necessità che eventuali riforme in senso peggiorativo di una precedente legge di incentivazione contemplino una normativa transitoria e misure di compensazione – nulla di tutto ciò è stato previsto al fine di mitigare gli effetti negativi sugli interessi degli operatori economici che in buona fede avevano fatto affidamento sul modello incentivante loro formalmente riconosciuto[45].

4.3. Non configurabilità della violazione del diritto di proprietà e della libertà di impresa di cui agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Gli operatori economici ricorrenti eccepiscono, accanto alla violazione del legittimo affidamento, anche la violazione degli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rispettivamente disciplinanti la libertà di impresa e il diritto di proprietà. Partendo da quest'ultimo – premesso che ai sensi della giurisprudenza CEDU i diritti di credito e le aspettative patrimoniali connesse allo svolgimento di un'attività economica rientrano pacificamente nella nozione di “bene” tutelabile ex art. 17 cit.[46] – la questione è verificare se la tutela della proprietà trovi o meno applicazione in relazione ad incentivi formalmente riconosciuti ma non ancora erogati. Ebbene, la Corte di Giustizia ritiene che, nel caso di specie, la mera assegnazione dell'incentivo energetico nell'ambito di un regime di sostegno, per quanto formalizzato con provvedimento amministrativo e successiva convenzione, non faccia sorgere in capo all'operatore economico una “posizione giuridica acquisita” e, pertanto, non possa rientrare nella tutela del diritto di proprietà ai sensi della Carta dei diritti fondamentali UE. Anche per tale profilo, a ben vedere, assume rilievo centrale il tema del riconoscimento o meno in capo ai ricorrenti di un legittimo affidamento, laddove i giudici europei escludono l'applicabilità dell'art. 17 cit. in quanto quest'ultimo coprirebbe unicamente crediti già percepiti o rispetto ai quali vi sarebbero “circostanze specifiche che possono fondare, in capo all'interessato, il legittimo affidamento di conseguire il valore patrimoniale”[47].

Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Saugmandsgaard, si legge, inoltre, che l'investimento effettuato dagli operatori economici per la realizzazione e messa in esercizio degli impianti, inciso negativamente dalla rimodulazione dell'incentivo, non rientrerebbe nel patrimonio tutelabile ex art. 17 della Carta dei diritti fondamentali UE, in quanto la riduzione dell'importo dell'incentivo disposta dal contestato art. 26 cit. non avrebbe comportato una limitazione o una restrizione del diritto di proprietà dei ricorrenti. In realtà, occorrerebbe

distinguere tra quegli investimenti realizzati in vista di una ipotetica attività futura e quelli, invece, realizzati e resi operativi a fronte di una posizione giuridica consolidata e connessa proprio all'entrata in esercizio dell'impianto di energia da fonti rinnovabili. Al riguardo, ad esempio nel passaggio tra il Terzo e il (meno favorevole) Quarto conto energia, la giurisprudenza amministrativa ha correttamente ritenuto non sussistente la lesione del legittimo affidamento in quanto la nuova regolazione (peggiorativa) trovava applicazione unicamente nei confronti di quegli operatori economici che non avevano ancora attuato l'entrata in esercizio dell'impianto, considerato fatto costitutivo del diritto alla percezione degli incentivi[48]; al contrario, nella fattispecie oggetto della pronuncia in commento, quel "momento" ritenuto indice del fatto costitutivo del diritto a beneficiare del modello incentivante (l'entrata in esercizio dell'impianto) era ampiamente trascorso e, pertanto, i soggetti vantavano evidentemente una posizione giuridica consolidata[49].

In merito alla eccezionale violazione della libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali UE, rileva, in particolare, la c.d. libertà contrattuale, ovvero la libertà di disporre delle proprie risorse economiche con consapevolezza e senza restrizioni ingiustificate. Al riguardo, la Corte di Giustizia afferma che in realtà i contratti firmati tra gli operatori economici e il GSE configuravano contratti-tipo, con la conseguenza che la libertà contrattuale non poteva riguardare il loro contenuto (già predeterminato), bensì solo la scelta di sottoscriverli o meno. Tale considerazione, invero, non sembra dirimente, in quanto – come ricorda la stessa Corte – l'art. 16 cit. tutela anche la libertà di condurre la propria attività economica assumendo scelte autonome, responsabili e consapevoli[50]: nel caso di specie appare innegabile che l'art. 26 contestato, rimodulando in modo retroattivo il sistema di incentivazione, ha avuto un notevole impatto sull'organizzazione delle attività economiche del titolare dell'impianto energetico, sia sottraendogli risorse economiche spettantegli (gli incentivi già riconosciuti), sia riducendo il valore degli investimenti infrastrutturali effettuati facendo affidamento sulla durata predeterminata del sistema di incentivazione. La rimodulazione tariffaria effettuata, infatti, modificando *ex post* "i fattori" sulla base dei quali l'operatore economico ha deciso di investire nelle fonti rinnovabili, incide anche sulle scelte finanziarie dallo stesso effettuate a monte, quali la durata di eventuali finanziamenti, l'efficacia dei contratti stipulati per la disponibilità di aree o per il noleggio di beni, nonché l'entità e la durata dei contratti di assicurazione[51].

5. Legislazione incentivante, recessività della tutela dell'affidamento e incertezza del diritto.

Si è osservato come le leggi di incentivazione vengano oggi inquadrare nell'ambito di quelle politiche di tutela ambientale lontane dal modello tradizionale del *command and control* e fondate piuttosto su meccanismi tipici delle dinamiche di mercato. Ciò non esclude affatto l'intervento pubblico, semplicemente esso assume un ruolo diverso: non ordina e controlla, bensì disciplina e regola un mercato artificiale, volto a rendere "conveniente" per l'operatore economico assumere scelte rispettose del principio dello sviluppo sostenibile. Tale modello è in grado di funzionare, però, unicamente a fronte di una regolazione stabile, che "confermi" le legittime aspettative di profitto da essa stessa generate nell'operatore economico; in caso contrario i benefici derivanti dall'utilizzo di meccanismi di mercato vengono annullati, contraddicendo la stessa *ratio* dell'intervento pubblico[52]. E' evidente che non si intendere mettere in discussione il potere dello Stato di variare l'assetto normativo

in ragione di nuove e più attuali valutazioni degli interessi pubblici coinvolti, ma ciò deve avvenire a fronte di motivi imperativi e comunque con effetti non retroattivi, pena il possibile *vulnus* del principio del legittimo affidamento.

La pronuncia in commento conclude per l'insussistenza di un legittimo affidamento tutelabile in capo all'operatore economico, sostenendo in sintesi che: a) la *reformatio in peius* in questione non avrebbe carattere retroattivo; b) l'operatore economico "accorto" avrebbe potuto prevedere la successiva modifica del regime incentivante. Come si è cercato di dimostrare *supra*, invero, le conclusioni cui giunge la Corte di Giustizia non sono condivisibili, né in relazione al profilo della portata retroattiva, né con riguardo alla presunta prevedibilità dell'intervento. La rimodulazione tariffaria operata dal legislatore italiano nel 2014, infatti, ha inciso negativamente non solo *pro futuro* bensì su posizioni giuridiche consolidate, in quanto espressamente riconosciute con provvedimento amministrativo, nonché disciplinate nel dettaglio mediante successivo contratto di diritto privato, frustrando, senza alcuna forma di compensazione, legittime scelte economico-finanziarie effettuate anche sulla base di ripetute rassicurazioni da parte dello Stato e del GSE circa la stabilità dell'assetto incentivante.

In ordine al profilo della "prevedibilità", secondo giurisprudenza della stessa Corte, l'operatore economico prudente e accorto non può invocare la tutela dell'affidamento a fronte di prevedibili mutamenti delle regolazione, circostanza che non può dirsi sussistesse nel caso di specie[53]. Le chiare indicazioni normative circa la stabilità del sistema di incentivazione, le espresse comunicazioni in tal senso da parte del Ministero, la sottoscrizione di una convenzione di diritto privato comportante diritti e doveri reciproci, hanno innegabilmente fatto sorgere in capo ai titolari degli impianti un legittimo affidamento, generato da un precedente comportamento univoco tale da far presumere che i successivi interventi sarebbero stati coerenti e compatibili[54]. Del resto, se si volesse seguire con coerenza il ragionamento della Corte, non si comprende come si sarebbe dovuto comportare l'operatore economico "prudente": dovendosi egli attendere una "possibile" riduzione dell'incentivazione successiva alla formale attribuzione della stessa, avrebbe potuto decidere di non aderire affatto al sistema tariffario agevolato in ragione dell'eccessiva alea ad esso connessa o, al contrario, avrebbe potuto contemplare nel piano finanziario una possibile futura riduzione degli incentivi, senza tuttavia poterne misurare in alcun modo l'entità. Sembra quasi che più che ad un operatore economico prudente, la Corte rinvii ad un operatore economico "veggente".

Senza poi voler considerare come una parte della dottrina qualifichi addirittura "contraddittoria" una legge incentivante connotata da una prevedibile instabilità[55]. Secondo tale orientamento, il criterio dell'operatore economico prudente non dovrebbe trovare applicazione nelle ipotesi nelle quali sia lo stesso regolatore ad aver indotto l'operatore economico ad effettuare determinati investimenti, ovvero allorché esista un rapporto di consequenzialità tra il riconoscimento dell'incentivo e l'agire del privato: "si tratterebbe di un affidamento per così dire rafforzato dalla sussistenza del predetto nesso di causalità"[56]. Sarebbe in effetti davvero paradossale legittimare il comportamento di un regolatore che, in un primo momento, interviene per "pilotare" le scelte imprenditoriali in vista del conseguimento di un fine pubblico, e successivamente frustra le legittime aspettative di quegli stessi imprenditori che, con il loro investimento indotto, hanno consentito al medesimo soggetto pubblico di conseguire l'interesse perseguito.

Ebbene, attesa l'esistenza di un legittimo affidamento, ciò che occorre stabilire è se esso sarebbe potuto/dovuto essere sacrificato a fronte di una situazione eccezionale tale da imporre al legislatore un diverso e "anticipato" nuovo bilanciamento degli interessi pubblici in gioco. Insomma, ciò che rileva è il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità dell'intervento *in peius*, misurabile in relazione alla assoluta necessità dello stesso e, nel contempo, all'adeguata considerazione delle posizioni giuridiche preesistenti. Ebbene, come si è illustrato, nella fattispecie *de qua* non è possibile registrare alcun evento eccezionale o esigenza inderogabile tale da bilanciare l'incontestabile offensività dell'intervento e, quindi, giustificare la lesione del legittimo affidamento degli operatori economici. A ben vedere, il Governo italiano ha originariamente "sbagliato i calcoli", introducendo un sistema di incentivi particolarmente favorevole che ha indotto numerosi operatori ad usufruirne: in tal modo gli obiettivi di energia pulita si sono rivelati raggiungibili in un periodo di tempo più breve rispetto a quello ipotizzato ed il regolatore ha così ritenuto di porre rimedio ad una propria errata politica di programmazione energetica riducendo gli incentivi anche nei confronti di coloro ai quali gli stessi erano già stati formalmente riconosciuti.

Sul punto viene nuovamente in rilievo la già richiamata Comunicazione della Commissione del 2013, ove si afferma per l'appunto che "la necessità di modificare le condizioni previste dalla regolamentazione per rispondere agli sviluppi del mercato non giustifica l'applicazione retroattiva delle modifiche agli investimenti già effettuati, nei casi in cui le stesse modifiche siano dovute all'incapacità delle autorità pubbliche di prevedere correttamente tali sviluppi o di adattarsi per tempo. L'applicazione retroattiva delle modifiche in queste circostanze compromette gravemente la fiducia degli investitori e va per quanto possibile evitata"[57]. Insomma, legittime esigenze di razionale utilizzo delle risorse pubbliche consentono senza dubbio al legislatore di rivedere le proprie politiche di incentivazione, eventualmente "sovrastimate", ma solo per il futuro, non certo nei confronti di posizioni già acquisite. La stessa Corte costituzionale, in passato, nel perimetrare l'ambito di rilevanza del legittimo affidamento, ha sancito l'incostituzionalità di una disposizione che incideva negativamente su un rapporto di durata, giustificata unicamente sulla base dell'esigenza di contenimento della spesa pubblica: nell'occasione, la Consulta ha espressamente stabilito che una generalizzata esigenza di contenimento della finanza pubblica non può "risultare, sempre e comunque, e quasi pregiudizialmente, legittimata a determinare la compromissione di diritti maturati o la lesione di consolidate sfere di interessi, sia individuali, sia anche collettivi"[58].

Ragionando per analogia, a ben vedere, può sostenersi che al fine di verificare il rispetto del principio del legittimo affidamento da parte del legislatore che incide in senso peggiorativo su posizioni giuridiche preesistenti, si dovrebbero applicare i medesimi criteri che sovrintendono l'esercizio del potere di revoca da parte di una p.a.[59]: adeguata ponderazione dell'interesse privato leso; esternazione delle sopravvenute ragioni di interesse pubblico che hanno indotto il regolatore a "deviare" dal percorso atteso; corresponsione di un indennizzo (misura compensativa) nei confronti del soggetto pregiudicato nell'affidamento. Tale approccio si rivela, del resto, coerente con quella giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia che impone la previsione di una disciplina transitoria e, nel caso, l'adozione di misure compensative, per mitigare gli impatti sfavorevoli su legittime aspettative a fronte di mutamenti della regolazione[60]. In senso analogo anche alcune pronunce della Corte costituzionale, laddove affermano la legittimità di interventi *in peius* unicamente in presenza di disposizioni volte a temperare gli effetti negativi sui rapporti di durata[61].

Appare significativo, a questo punto, segnalare come le critiche in questa sede sollevate alla pronuncia della Corte di Giustizia in commento si pongano in linea con quanto disposto – sulla medesima vicenda – dal Tribunale arbitrale internazionale, il quale giunge a conclusioni opposte rispetto a quelle della nostra Corte costituzionale e della Corte di Giustizia. Con decisione del 23 dicembre 2018, il Tribunale arbitrale ha condannato lo Stato italiano a risarcire gli operatori economici per violazione dell'art. 10 della *Energy Charter Treaty*, laddove impone di “creare stabili, eque, favorevoli e trasparenti condizioni per gli investitori”: nel caso di specie, secondo gli arbitri, “al momento dell'investimento, i ricorrenti erano stati indotti a ritenere, ragionevolmente, che le tariffe incentivanti sarebbero rimaste le stesse, come promesse nel Conto Energia, nelle comunicazioni del GSE e nei contratti con il GSE, per un periodo ventennale”, con la conseguenza che – avendo lo Stato fornito assicurazioni espresse che nessuna modifica si sarebbe verificata – esso è responsabile nel non aver accordato “un trattamento giusto ed equo agli operatori economici” attraverso forme di compensazione[62].

In conclusione, dall'esame della pronuncia in commento sembrerebbe emergere un nuovo orientamento della Corte di Giustizia, ovvero che in alcuni settori particolarmente esposti alle oscillazioni dei mercati e agli avanzamenti dello stato della tecnica (quali quello della produzione di energia), la tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico assumerebbe un carattere intrinsecamente debole. In realtà, se si può convenire sull'esigenza che in determinati contesti un modello regolatorio “rigido” risulterebbe fallimentare e che il legislatore debba potersi rapidamente adattare alle nuove esigenze che nel tempo emergono dalle dinamiche proprie della materia oggetto di regolazione, è pur vero che l'incertezza endemica che contraddistingue i sistemi giuridico-economici contemporanei[63] non giustifica una negazione quasi assoluta del principio del legittimo affidamento, anzi, al contrario ne pretende un rafforzamento: proprio in ragione delle incertezze “esterne” e non prevedibili, il cittadino e (ancor di più) l'operatore economico deve poter pretendere il più elevato livello di coerenza nelle scelte regolatorie, non potendosi ritenere legittime riforme incidenti *in peius* su posizioni giuridiche acquisite o su legittime aspettative di diritto, riforme dettate da semplici “ripensamenti” di ordine politico-economico e non da esigenze eccezionali ed imperative[64].

Un'ultima osservazione. Se anche si volesse aderire all'idea che la tutela dell'affidamento non precluda l'intervento retroattivo *in peius* da parte del regolatore su posizioni consolidate in materia di incentivi, in ogni caso nella vicenda in esame il legislatore italiano ha senza dubbio violato la direttiva 2009/28, che la stessa normativa interna contestata era chiamata ad attuare. Se è vero, infatti, che la citata direttiva non esclude espressamente una rimodulazione degli incentivi, è altrettanto vero che l'intero sistema da essa introdotto si fonda sui principi di stabilità e certezza della regolazione; e questo non solo e non tanto in ragione della tutela dell'affidamento degli operatori economici, quanto piuttosto al fine di consentire il conseguimento degli obiettivi di politica energetica individuati nella medesima normativa europea. Al riguardo, appare significativa la circostanza che nella pronuncia in commento la Corte non si soffermi affatto sul profilo, pur eccepito dai ricorrenti, della violazione del principio dell'effetto utile, ai sensi del quale, come noto, gli Stati membri non sono semplicemente tenuti ad attuare le direttive, ma devono anche astenersi dal porre in essere qualsiasi misura idonea a frustrare il raggiungimento dei risultati dalle stesse individuati[65]: è innegabile che il rischio che il modello di legislazione incentivante “altalenante” offerto dal legislatore italiano possa scoraggiare i futuri investimenti privati nello sviluppo della produzione di energia rinnovabile sia particolarmente elevato. Tale pericoloso indirizzo, tra

l'altro, assume oggi viepiù rilevanza a fronte delle sfide lanciate dall'Unione Europea, con il *Green Deal* (2019) e il più recente pacchetto di proposte legislative su energia e clima *Fit for 55* (2021): la riduzione del 55% delle emissioni di gas serra ed il contestuale 27% di quota di energia consumata da fonti rinnovabili entro il 2030, sono obiettivi ambiziosi che, per essere raggiunti, necessitano di interventi su più fronti (meno burocrazia, autorizzazioni uniche, regole chiare) e che i singoli Stati potranno conseguire unicamente in stretta collaborazione con i privati (cittadini e operatori economici), il che presuppone evidentemente l'instaurazione di un clima di fiducia tra le parti, un impianto regolatorio semplice e certo, tale da far insorgere (e, nel caso, tutelare) una posizione di legittimo affidamento in coloro che saranno chiamati a contribuire, con i loro investimenti, nella prospettata rivoluzione verde.

[1] Il T.A.R. del Lazio ha proposto nello stesso periodo alla Corte di Giustizia UE altre tre domande pregiudiziali identiche, tutte sospese fino alla emanazione della pronuncia che si commenta in questa sede (si tratta delle cause C-306/19, *Milis Energy c. M.S.E.*; C-512/19, *Go Sun e Malby Energy c. M.S.E.*; C-595/19 *Fototre c. M.S.E.*).

[2] La letteratura in tema di tutela del legittimo affidamento del cittadino nei confronti della p.a. è vastissima. Da ultimo, per una completa ricostruzione del tema v. E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 173 ss.

[3] In tema di attività normativa e tutela del legittimo affidamento v., *ex multis*, P. Carnevale, G. Pistorio, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge, fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014; D.U. Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm.*, 6/2008, 1899 ss.

[4] V. Cerulli Irelli, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 2014, 255.

[5] M. Luciani, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento europeo*, in *Eurojus*, 3/2019, 70.

[6] Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento della pronuncia v. E. Mariani, *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del Legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2017. Alla sentenza n. 16/2017 è seguita, poi, l'ordinanza 12 giugno 2017, n. 138, con la quale la Corte costituzionale ha affrontato i profili che residuavano, da un lato, escludendo la natura sanzionatoria della introduzione del nuovo regime incentivante e, dall'altro lato, evidenziando la carenza di una adeguata motivazione da parte del giudice remittente in ordine alla presunta violazione dell'art. 97 Cost.

[7] M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 24.

[8] Cfr. anche il *Libro Verde UE: Una Strategia Europea per Energia Sostenibile, Competitiva e Sicura*, COM (2006) 105 dell'8 marzo 2006 e la Comunicazione della Commissione 2010/639 del 10.11.2010 (Energia 2020: strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura).

[9] Ci si riferisce, in particolare, ai Certificati verdi, ai Certificati bianchi, alla Tariffa omnicomprensiva ed al c.d. Conto energia. Per un'analisi dei diversi regimi di sostegno alla produzione di energia da fonti rinnovabili si rinvia a M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, 1 ss.

[10] L. Ammannati, *La transizione energetica nell'Unione Europea. Il nuovo modello di governance*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 11.

[11] M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

[12] “Ogni decisione collettiva, che pecchi in eccesso o in difetto, genera livelli di inquinamento troppo alti o, alternativamente, sprechi ed ingiustificate perdite di benessere”, M. Cafagno, *Mercato e ambiente*, in *Studi sul Codice dell’Ambiente*, a cura di M.P. Chiti e R. Ursi, Torino, 2009, 67.

[13] F. Fracchia, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, 105 ss.

[14] Per un esame dell’evoluzione della disciplina del modello Conto energia sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Energia, ambiente e semplificazione amministrativa*, in www.giustiziasieme.it, 2021.

[15] G. Landi, C. Scarpa, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell’energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013, 80 ss.

[16] Corte Giust. UE, 11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-180/18; C-286/18; C-287/18.

[17] Corte Giust. UE, 1 luglio 2014, *Alands Vindkraft*, C-573-12; Corte Giust. UE, 11 settembre 2014, *Essent Belgium NV*, C-204/12 e C-208/12. In senso analogo v. anche la Comunicazione della Commissione Europea del giugno 2012 *Renewable Energy: a major player in the European Energy market*.

[18] In senso analogo anche la direttiva 2018/2001/UE, che ha sostituito la 2009/28/CE, laddove dispone che “le politiche di sostegno all’energia rinnovabile dovrebbero essere prevedibili e stabili [...] Gli Stati membri dovrebbero fare in modo che un’eventuale revisione del sostegno concesso ai progetti di energia rinnovabile non incida negativamente sulla loro sostenibilità economica”.

[19] Cfr. Corte cost., 20 maggio 2016, n. 108.

[20] Cfr. Corte cost., 3 8 2005, n. 31. Ma, sul punto, v. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001, laddove afferma che “Il principio di ragionevolezza che si vuole ricavare dall’art. 3 non riguarda il fondamento della tutela del legittimo affidamento, bensì l’applicazione del principio di buona fede per tutelare il legittimo affidamento del cittadino determinato dal legislatore”, 6.

[21] F.F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in www.gruppodipisa.it, 2014, 4.

[22] In realtà, la dottrina ha da tempo chiarito come certezza del diritto e legittimo affidamento – benché accomunati dalla comune matrice rappresentata dall’esigenza di garantire la sicurezza dei rapporti giuridici – configurino due principi nettamente distinti: mentre la certezza del diritto – intesa come conoscibilità e prevedibilità delle norme – assurge a valore fondante dell’ordinamento, il legittimo affidamento postula l’esigenza di un bilanciamento di interessi, quello alla stabilità della normativa e quello all’evoluzione della regolazione, anche, se del caso, con effetti pregiudizievole nei confronti di posizioni pregresse. Sul tema v. A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell’affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 6 ss.

[23] Corte cost., 26 aprile 2018, n. 89; Corte cost., 21 luglio 2013, n. 203.

[24] Corte Giust. UE, 5 maggio 1981, in *Dir. e giur. agr.*, 1983, 54; Corte Giust. UE, 10 dicembre 2015, *Valsts ienemumu dienests*, C-427/14.

[25] V. Pampanin, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2015, 9, il quale cita Corte Giust. UE, 14 luglio 2004, *Di Leonardo Adriano Srl e Dilexport Srl*, C-37/02 e C-38/02; Corte Giust. UE, 4 ottobre 2017, *Commissione c. Italia*, C-217/06; Corte Giust. UE, 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG*, C-360/09.

[26] Cfr. Corte Giust. UE, 10 settembre 2009, *Plantanol GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Darmstadt*, C-201/08; Corte Giust. UE, 19 dicembre 2013, *BDV Hungary Trading Kft c. Nemzeti Adó*, C-536/12; Corte Giust. UE, 11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-180/18, C-286/18, C-287/18.

[27] Corte Giust. UE, 10 dicembre 2015, *Valsts ienemumu dienests*, C-427/14; Corte Giust. UE, 11 marzo 1987, *Van den Bergh en Jurgius*, C-265/85.

[28] Corte Giust. UE, 7 settembre 2006, *Spagna c. Consiglio*, C-310/04; Corte Giust. UE, 15 luglio 2004, *Di Lenardo e Dilexport*, C-37/02, C-38/02.

- [29] Corte Giust. UE, 3 maggio 1978, *August Topfer & Co. c. Commissione*, C-112/77.
- [30] Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze*, C- 322/2016.
- [31] Corte Giust. UE, 11 giugno 2015, *Berlington Hungary*, C-98/14; Corte Giust. UE, 6 marzo 2003, *Nienmann*, C-4/01; Corte Giust. UE, 16 maggio 1979, *Tomadini*, C-84/78. Su tale profilo v. S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 104.
- [32] A.M. Sandulli, *Il principio di irretroattività delle leggi e la costituzione*, in *Foro amm.*, 1947, 73 ss.; V. Caianiello, *Il problema della retroattività delle leggi e i principi della certezza e dell'affidamento*, in *Notariato*, 2001, 345 ss.
- [33] M. Luciani, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento europeo*, cit., 72.
- [34] F.F. Pagano, *Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore*, in *www.rivistaaic.it*, 2017, 10. In senso analogo anche A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)*, cit.
- [35] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CC0798&from=EN>.
- [36] Comunicazione della Commissione Europea, COM[2013]7243, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico*, 13.
- [37] G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 174 ss.; A. Loidice, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò*, II, Milano, 1968, 796 ss.
- [38] M. Luciani, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento europeo*, cit., 73.
- [39] Cfr. Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155; Corte cost., 27 luglio 1982, n. 143; Corte cost., 27 luglio 1976, n. 194.
- [40] G. Furguele, *Diritti acquisiti* (voce), in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., V*, Torino, 1980, 370, la cui citazione è presente in V. Pampanin, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, cit., 3.
- [41] V. Onida, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, in AA.VV., *Il difficile mercato*, Milano, 2017, 22.
- [42] D. Donati, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, Roma, 1915.
- [43] Sui rischi derivanti dalla tendenza di una certa giurisprudenza ad escludere dall'applicazione del principio del legittimo affidamento "tutte le ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva non consista in un diritto perfetto ormai definitivamente acquisito al patrimonio giuridico dell'interessato" v. V. Pampanin, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, cit., 20.
- [44] Cfr. Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'economia e delle finanze*, C-322/2016, con la quale i giudici europei hanno ritenuto compatibile con il diritto UE l'introduzione di nuovi requisiti ed obblighi a carico di soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito.
- [45] Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia si rinvia alla precedente nota 31. Sul rapporto tra legittimo affidamento e portata garantistica delle disposizioni transitorie, quali misure volte a regolare il passaggio fra assetti normativi, v. G. Matucci, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Padova, 2009.
- [46] Cfr. Corte EDU, 9 giugno 2009, n. 16861/02; Corte EDU, 8 febbraio 2011, n. 16021/02.
- [47] Sulla ridotta incidenza della giurisprudenza della CEDU in tema di tutela del legittimo affidamento nelle decisioni (maggiormente restrittive) della Corte Costituzionale si rinvia a P. Carnevale, G. Pistorio, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2014.
- [48] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 2 aprile 2013, n. 3274.

[49] Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale sostiene, altresì, che il diritto all'incentivo non potrebbe dirsi "acquisito" per il solo fatto di essere stato riconosciuto da un atto amministrativo e da un successivo contratto di diritto privato. A riprova di ciò richiama la decisione (Corte Giust. UE, 26 maggio 2016, *Eżernieki*, C-273/15) con la quale si afferma che non è "acquisito" un aiuto di Stato laddove sia prevista a monte la sua rimborsabilità nell'ipotesi in cui emerga che il soggetto non era in possesso dei requisiti richiesti. Il parallelismo, tuttavia, non pare calzante: nell'ipotesi degli aiuti di Stato, infatti, era già prevista in partenza una sorta di "fragilità intrinseca" della sovvenzione; al contrario, nel caso degli incentivi energetici l'attribuzione della tariffa agevolata non era assoggettata ad alcuna condizione o verifica successiva: una revisione delle condizioni, non preventivata, non può certo rendere *ex post* un diritto acquisito un diritto non definitivo!

[50] Corte Giust. UE, 30 giugno 2016, *Lidl*, C-134/15; Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, *Polkomtel*, C-277/16.

[51] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 16 novembre 2018, n. 11124. "Operare, come ha fatto il legislatore del 2014, una riduzione degli incentivi già concessi vuol dire alterare l'equilibrio economico-finanziario sulla base del quale il privato ha programmato l'investimento, in quanto i costi dello stesso sono già stati sostenuti – e su di essi non incide la progressiva riduzione indotta dal miglioramento della tecnologia – mentre vengono ridotte le entrate" (F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2019, 257).

[52] M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit., 4.

[53] Non è un caso che nelle conclusioni dell'Avvocato Generale si legga che una modifica degli importi degli incentivi svantaggiosa per gli operatori economici "non potesse essere considerata imprevedibile" il che, evidentemente, è molto diverso dal sostenerne la prevedibilità.

[54] Sulla relazione tra coerenza comportamentale e legittimo affidamento v. E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., 176.

[55] F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, cit., 256.

[56] F.F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, cit., 21.

[57] Comunicazione della Commissione Europea, COM[2013]7243, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico*, 13.

[58] Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92.

[59] M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

[60] Cfr. la precedente nota 31.

[61] Cfr. Corte cost., 7 luglio 2005, n. 264; Corte cost., 17 dicembre 2013, n. 310.

[62] Tribunale arbitrale internazionale, *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, reperibile in <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10291.pdf>.

[63] Sulle conseguenze derivanti dall'incertezza e la precarietà che caratterizzano le società postmoderne è doveroso il rinvio a Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.

[64] "Non si può invero non rappresentare che uno dei più seri fattori di rischio per l'economia di un Paese sia costituito dall'incertezza delle regole che presidono al corretto esercizio dei poteri pubblici (amministrativi e giurisdizionali) con i quali gli operatori e gli investitori sono costretti a rapportarsi", M.A. Sandulli, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi.it*, 2018, 3-4.

[65] Corte Giust. UE, 11 settembre 2012, *Nomarchiaki Afrodiokisi Aitolokarnanias*, C-43-10; Corte Giust. UE, 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1892 – 29 luglio 2021

La lesione dell'affidamento: i dubbi sulla giurisdizione e sulla tutela del privato (Nota a margine dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 3701 del 2021)

di Giorgio Capra

Sommario: 1. Il caso dinanzi alla Quarta Sezione e i quesiti rimessi alla Plenaria - 2. Il problema della giurisdizione sulla domanda risarcitoria da lesione dell'affidamento: il ragionamento della Sezione remittente - 3. La seconda e la terza questione rimesse all'Adunanza Plenaria: le condizioni per configurare un affidamento giuridicamente tutelabile e la colpa dell'Amministrazione - 4.1. Prime riflessioni a margine dell'ordinanza: in tema di giurisdizione... - 4.2. (*segue*) e in tema di affidamento e colpa dell'Amministrazione - 5. Rilievi conclusivi in attesa dell'Adunanza Plenaria.

1. Il caso dinanzi alla Quarta Sezione e i quesiti rimessi alla Plenaria

L'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria si iscrive in una complessa vicenda di cui è necessario dare sommariamente conto. La pronuncia trae origine da una domanda risarcitoria proposta dinanzi al TAR Marche da un privato che lamentava di aver subito dei danni in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale^[1] degli atti di pianificazione urbanistica e dei titoli edilizi rilasciati dal Comune a favore del proprio dante causa. Inoltre, in sede di ottemperanza era stata dichiarata nulla^[2] anche la successiva delibera del Consiglio comunale che, ritenendo di poter applicare l'art. 38 d.p.r. n. 380 del 2001, aveva riapprovato la variante annullata.

Nello specifico, la ricorrente – che aveva acquistato il terreno nelle more del giudizio sulla legittimità della variante urbanistica – deduceva a fondamento della propria domanda risarcitoria la lesione dell'affidamento dalla stessa riposta sulla legittimità degli atti emanati dall'Amministrazione.

Il TAR accoglieva il ricorso^[3] e condannava il Comune al risarcimento del danno, quantificato nella differenza tra il prezzo pagato dalla ricorrente ed il valore agricolo del terreno nonché nelle spese di costruzione e demolizione dalla stessa sopportate. Infatti, nei giudizi aventi ad oggetto gli atti di pianificazione urbanistica ed i titoli edilizi, la sospensione cautelare del permesso di costruire^[4] consentiva comunque la prosecuzione dei lavori fino al livello del piano di campagna.

Il Comune, non costituito in primo grado, appellava quindi la sentenza, lamentando, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, nel merito, l'erroneità della pronuncia del TAR sotto due distinti profili: da un lato, il giudice di prime cure non avrebbe adeguatamente considerato il comportamento del privato, il quale avrebbe proceduto alla realizzazione delle opere nonostante pendesse un giudizio sul titolo edilizio; dall'altro, il TAR non avrebbe correttamente valutato il requisito della colpa in capo al Comune, nel caso concreto insussistente alla luce della complessità dell'*iter* amministrativo e giudiziario che aveva interessato, dapprima, la variante al piano regolatore generale e, poi, il permesso di costruire.

La Quarta Sezione investita dell'impugnazione ha rimesso all'Adunanza Plenaria la risoluzione di tre importanti questioni: in primo luogo, se della domanda con cui il privato chiede il risarcimento del danno derivante dall'affidamento dallo stesso riposto sulla legittimità del provvedimento amministrativo annullato giudizialmente debba conoscere il giudice amministrativo; in secondo luogo, in caso di risposta affermativa, quali siano i presupposti perché possa configurarsi un affidamento giuridicamente tutelabile; infine, in presenza di quali condizioni possa escludersi la colpa dell'Amministrazione.

L'ordinanza in commento è ricca di contenuti ulteriori rispetto a quelli che vengono qui presi in considerazione, cionondimeno si reputa opportuno soffermarsi esclusivamente sulla posizione dell'affidamento e sulla giurisdizione sulla domanda risarcitoria da lesione dello stesso per l'indubbia rilevanza che tali profili rivestono da un punto di vista di ricostruzione del sistema di tutela del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione.

2. Il problema della giurisdizione sulla domanda risarcitoria da lesione dell'affidamento: il ragionamento della Sezione remittente

Come accennato, il primo quesito sottoposto all'attenzione dell'Adunanza Plenaria è quello relativo all'individuazione del giudice fornito di giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno proposta da un privato, avente causa del destinatario di una favorevole variante urbanistica, per i pregiudizi conseguenti all'annullamento giurisdizionale dell'atto di pianificazione e del conseguente permesso di costruire.

La Sezione ritiene opportuno investire la Plenaria in quanto la *querelle* appare tutt'altro che risolta, stante l'inesistenza di un univoco orientamento sul punto della Cassazione e del Consiglio di Stato. Del resto, il Collegio rileva che la risoluzione della questione non interessa solamente i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma anche le controversie soggette alla giurisdizione generale di legittimità. Della centralità del problema è prova evidente che proprio la questione della giurisdizione sul danno da affidamento era stata già, poco più di due mesi prima dell'ordinanza in commento, rimessa all'esame della Plenaria^[5].

La Sezione rimettente, prima di formulare il quesito, procede alla sintetica ricostruzione degli orientamenti emersi in giurisprudenza. Come noto, si contrappongono due indirizzi specularmente opposti: l'uno attribuisce la giurisdizione sulle controversie risarcitorie del 'danno da affidamento' al giudice ordinario, l'altro al giudice amministrativo.

Entrambi gli orientamenti muovono dall'assunto per cui la giurisdizione amministrativa è volta ad apprestare tutela contro l'agire pubblicistico dell'Amministrazione – e, quindi, presuppone che si controverta in ordine alla legittimità dell'esercizio del potere amministrativo in relazione alla lesione di un interesse legittimo – e che l'azione risarcitoria costituisce uno strumento ulteriore per rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della P.A..

Invero, il primo indirizzo^[6] attribuisce la giurisdizione al giudice ordinario sul presupposto che in tali casi la *causa petendi* dell'azione di risarcimento non sarebbe l'illegittimità del provvedimento: il danno, in altri termini, non sarebbe causalmente ricollegato all'illegittimo esercizio del potere, bensì alla lesione dell'affidamento dell'attore nella legittimità del provvedimento.

Il secondo orientamento^[7], invece, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo, tenuto conto che, a ritenere il contrario, si introdurrebbe una inversione logica tra *causa petendi* della domanda risarcitoria e illegittimità del provvedimento, ritenendo la prima non causalmente ricollegata all'annullamento del provvedimento. Inoltre, la tesi favorevole alla giurisdizione del giudice ordinario finirebbe con l'operare una non condivisibile distinzione nell'ambito dell'interesse legittimo pretensivo tra il conseguimento legittimo dell'atto ed il suo successivo mantenimento, trascurando del tutto la natura relazionale del nesso che si instaura tra Amministrazione e privato nel rapporto giuridico procedimentale.

Allontanandosi incidentalmente dalla pronuncia in commento, si reputa opportuno, al fine di meglio comprendere le critiche mosse dalla Sezione remittente all'indirizzo favorevole alla giurisdizione del giudice ordinario, riepilogare brevemente i principali nodi argomentativi sviluppati negli arresti inquadrabili nel primo indirizzo, partendo dall'analisi delle ordinanze gemelle del 2011 e, successivamente, delle pronunce nn. 17586 del 2015 e 8236 del 2020.

In particolare, le ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 motivano la sussistenza della giurisdizione ordinaria in ragione del fatto che, nel caso di danno da provvedimento amministrativo illegittimo favorevole annullato, in via di autotutela o all'esito di un giudizio, la parte che invoca una tutela risarcitoria non lamenterebbe *“un esercizio illegittimo del potere consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la colpa che connota un comportamento consistito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronuncia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità e orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare”*^[8].

In sintesi: nel caso di danno da provvedimento favorevole illegittimo non potrebbe esservi giurisdizione del giudice amministrativo in quanto il danno, di cui il privato chiede il ristoro, non sarebbe causalmente ricollegato all'illegittimità dell'atto o del provvedimento amministrativo. L'indirizzo viene, poi, meglio specificato con la successiva, e meglio argomentata^[9], ordinanza n. 17586 del 2015. Con tale pronuncia le Sezioni Unite, a seguito del vivace dibattito scaturito dopo le ordinanze del 2011, confermano la giurisdizione del giudice ordinario sulla base di due ulteriori argomenti.

In primo luogo, le Sezioni Unite ritengono che nel contenuto e nell'oggetto della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo pretensivo rientrerebbe esclusivamente l'interesse positivo ad ottenere il provvedimento, mentre resterebbe fuori l'interesse a che l'Amministrazione provveda legittimamente^[10]. Sicché, da un lato, con il rilascio del provvedimento favorevole illegittimo, l'interesse legittimo non potrebbe dirsi leso, e, dall'altro, dopo l'annullamento dello stesso disposto dal giudice o dall'Amministrazione in autotutela, l'interesse legittimo non potrebbe dirsi insoddisfatto illegittimamente.

Di conseguenza, l'impossibilità di riscontrare nel caso di specie una ingiusta lesione dell'interesse legittimo conduce le Sezioni Unite ad individuare in capo al privato una diversa situazione giuridica soggettiva: il danno patito dall'amministrato sarebbe ricollegato alla "lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio"^[11].

Alla luce di questi due argomenti, la Cassazione esclude altresì che nelle materie di giurisdizione esclusiva di tali controversie possa conoscere il giudice amministrativo, posto che, in questi casi, non verrebbe in rilievo alcuna controversia sul potere dell'Amministrazione ma solamente una questione relativa alla "attitudine del pregresso esercizio del potere siccome sfociato nel provvedimento illegittimo a determinare come conseguenza causale l'insorgenza di un incolpevole affidamento del privato beneficiario nella permanenza della situazione di vantaggio"^[12].

Le Sezioni Unite, da ultimo con l'ordinanza n. 8236 del 2020, hanno portato 'a compimento'^[13] l'indirizzo in esame, affermando la giurisdizione del giudice ordinario anche nel caso in cui l'affidamento non fosse ingenerato da un precedente provvedimento, bensì da un mero comportamento dell'Amministrazione.

Tale ultima pronuncia si segnala per due ulteriori ragioni: *in primis*, per l'affermazione che, nei casi di danno da affidamento, la lesione non discende dalla violazione delle regole pubblicistiche che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo ma dalla violazione delle regole di diritto privato di correttezza e buona fede – la cui violazione non dà vita a invalidità ma a responsabilità – e, in punto di situazione giuridica soggettiva lesa, per la sostituzione della nozione di 'diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio' con un quella di 'affidamento della parte privata nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione'.

Riepilogate sinteticamente le ragioni della giurisprudenza favorevole alla giurisdizione del giudice ordinario e tornando all'ordinanza in commento, la pronuncia si segnala per le interessanti obiezioni mosse a tale indirizzo.

Infatti, la Sezione ritiene debba affermarsi in materia la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base di tre argomenti.

Primo: la natura del 'diritto all'affidamento' e quella relazionale dell'interesse legittimo.

Il giudice rimettente ritiene che la situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo pretensivo esprima al contempo due posizioni: un interesse 'sostanziale', rappresentato dalla pretesa ad ottenere il 'bene della vita', e un interesse che viene definito 'procedimentale' a che il provvedimento venga emanato nel rispetto della legge. L'interesse legittimo non può essere ritenuto, utilizzando una locuzione tipica degli albori del diritto amministrativo, un

interesse occasionalmente protetto, tutelato esclusivamente – e nei limiti in cui – ciò consenta di soddisfare l'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa.

Nella ricostruzione della Sezione, infatti, l'interesse legittimo è la posizione giuridica soggettiva correlata all'esercizio del potere amministrativo ed esso deve essere necessariamente riferito al rapporto, complessivamente inteso, tra richiedente e P.A.: risulterebbe artificioso sovrapporre a tale posizione giuridica soggettiva la diversa situazione sostanziale del 'diritto all'affidamento'.

Ciò posto, la Sezione remittente vuole dimostrare che, nel caso di danno da provvedimento illegittimo favorevole, non potrebbe neanche configurarsi in astratto una lesione di un diritto soggettivo.

La lesione potrebbe, infatti, essere riferita unicamente ad un interesse legittimo in ragione del fatto che, una volta annullato l'atto abilitativo, verrebbe meno il diritto ad esso conseguente e, quindi, il soggetto che si era visto attribuito il provvedimento annullato, tornerebbe ad essere titolare di un mero interesse legittimo.

Secondo: la nozione di potere amministrativo e il ruolo del giudice amministrativo come giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica.

Ad avviso della Sezione rimettente, l'esercizio di un potere amministrativo si configura, non solo nel caso di diniego illegittimo di un atto amministrativo, ma altresì quando l'istanza venga assentita con un provvedimento illegittimo, con conseguente piena riconducibilità delle controversie *de qua* all'ambito dell'art. 7 c.p.a..

A tal proposito, il Collegio afferma espressamente che *“la pretesa risarcitoria – quando si basa su quanto è accaduto in sede di esercizio del potere amministrativo ‘autoritativo’ o nel corso del procedimento amministrativo – non è riconducibile ad un comportamento o a una condotta di rilievo privatistico o svolta in via di mero fatto [...] ma si duole dell'esercizio del potere amministrativo, disciplinato dal diritto pubblico”*¹⁴⁴ sotto gli aspetti oggettivo, soggettivo e funzionale. In questi casi, la domanda risarcitoria non si basa sulla illiceità di un comportamento ma sull'emanazione – anche se illegittima – del provvedimento amministrativo.

Terzo: incompatibilità con il criterio di riparto della giurisdizione previsto dall'art. 103 della Costituzione.

Assegnando la giurisdizione al giudice ordinario, si introdurrebbero dei criteri di riparto della giurisdizione non compatibili con il dettato costituzionale. E ciò, sia a ritenere che vi sarebbe lesione dell'interesse legittimo – e quindi giurisdizione del giudice amministrativo – solo laddove il provvedimento sia stato illegittimamente negato e non anche nel caso in cui sia stato illegittimamente rilasciato; sia ad aderire alla tesi per cui, nel caso di danno da affidamento, le regole violate avrebbero natura privatistica – in quanto riconducibili ai principii di buona fede e correttezza – e le controversie in materia dovrebbero essere conosciute esclusivamente dal giudice ordinario.

Invero, si finirebbe per veicolare un criterio di riparto basato, nell'un caso, sul carattere soddisfacente o meno del provvedimento e, nell'altro, sulla natura privatistica ovvero pubblicistica delle regole violate, il che, non solo contrasta apertamente con l'art. 103 Cost.,

ma anche con il principio di concentrazione delle tutele che governa il processo amministrativo.

3. La seconda e la terza questione rimesse all'Adunanza Plenaria: le condizioni per configurare un affidamento giuridicamente tutelabile e la colpa dell'Amministrazione

Nel caso in cui l'Adunanza Plenaria dovesse affermare la giurisdizione del giudice amministrativo, la Sezione ritiene debba essere altresì chiarito in presenza di quali condizioni possa insorgere un affidamento giuridicamente rilevante, anche in relazione al fattore temporale.

Il Collegio sostiene che non si potrebbe riconoscere al privato un affidamento risarcibile in tutti i casi in cui il provvedimento amministrativo favorevole sia stato poi annullato, ma dovrebbe sempre tenersi conto delle peculiarità della fattispecie concreta, da apprezzarsi caso per caso, alla luce delle vicende occorse nell'ambito del procedimento amministrativo.

A ritenere diversamente, infatti, qualsivoglia affidamento del privato potrebbe essere posto a fondamento di una domanda risarcitoria.

La Sezione, a questo punto, procede a richiamare i passaggi logico-argomentativi della precedente ordinanza di rimessione n. 2013 del 2021, distinguendo due orientamenti: un primo indirizzo, più restrittivo, secondo cui la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, avendo acclarato la non spettanza del bene della vita, determinerebbe l'assenza del danno ingiusto e, conseguentemente, l'irrisarcibilità dell'affidamento; un secondo indirizzo che, invece, non nega *a priori* la tutelabilità dell'affidamento nel caso di provvedimento annullato in sede giurisdizionale, ma condiziona la domanda risarcitoria del privato alla dimostrazione di stringenti requisiti quali la colpa dell'amministrazione, il danno subito dall'istante e il nesso di causalità.

Il Collegio ritiene espressamente che gli esiti interpretativi del primo orientamento siano maggiormente condivisibili.

In particolare, affinché vi sia un affidamento tutelabile, occorre che il privato, oltre a versare in una situazione di buona fede ed assenza di colpa, ritenga di avere titolo a conseguire o mantenere un bene della vita^[15]. Sul punto, la Sezione precisa che non si potrebbe configurare un affidamento giuridicamente tutelabile non solo nel caso in cui il provvedimento sia stato annullato giudizialmente, posto che in tale caso sarebbe accertata la non spettanza del bene della vita, ma anche qualora l'illegittimità del provvedimento poteva essere riscontrata dallo stesso beneficiario.

Tale conclusione sarebbe imposta sia alla luce del principio di autoresponsabilità, per cui chi propone un'istanza non accoglibile non può chiedere alcun risarcimento, sia in quanto si verrebbero a determinare inaccettabili conseguenze con riguardo all'assetto del potere di autotutela: l'Amministrazione, in quanto esposta a conseguenze risarcitorie, potrebbe temere di esercitare il proprio potere di secondo grado.

Inoltre, la Sezione rimettente ritiene che nel caso di specie si dovrebbe escludere un affidamento risarcibile: lo stesso potrebbe essere ravvisato solo a condizione che sia trascorso un adeguato lasso di tempo dal conseguimento del provvedimento, tale da ingenerare una ragionevole un'aspettativa alla sua conservazione. Il requisito temporale, invero, difficilmente potrebbe essere soddisfatto nel caso in cui il provvedimento ampliativo venga immediatamente impugnato da un controinteressato.

La terza ed ultima questione rimessa all'Adunanza Plenaria è volta, poi, a chiarire le condizioni in presenza delle quali si possa escludere la colpa dell'Amministrazione.

Nel caso *sub judice*, infatti, non potrebbe dirsi sussistente la colpa del Comune, in quanto l'annullamento dei provvedimenti sarebbe in concreto dipeso non dalla superficialità dell'Amministrazione nella fase di emanazione dei permessi di costruire, ma esclusivamente per la complessa vicenda amministrativa e giudiziaria riguardante la variante urbanistica; sicché dovrebbe escludersi la rimproverabilità dell'agire dell'Amministrazione e, con essa, la risarcibilità del danno.

4.1. Prime riflessioni a margine dell'ordinanza: in tema di giurisdizione...

L'ordinanza di remissione appare condivisibile laddove sostiene le ragioni dell'attribuzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie in tema di danno da affidamento.

Sin dal 2011, la dottrina giuspubblicistica ha evidenziato – pur con diversità di posizioni^[16] – le criticità dell'indirizzo volto ad attribuire la giurisdizione al giudice ordinario. E, a testimonianza di un proficuo dialogo tra accademia e giurisprudenza, gli argomenti utilizzati dalla Sezione rimettente per sostenere le ragioni della giurisdizione del giudice amministrativo sembrano recepire le riflessioni della dottrina.

Il primo argomento utilizzato dalla Sezione rimettente è quello relativo alle posizioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo nel rapporto con l'Amministrazione. È un argomento che, nonostante la perdurante difficoltà nel delineare le nozioni di interesse legittimo e di affidamento, dà l'opportunità di inquadrare il problema in un'ottica più generale: v'è, infatti, il serio rischio che la figura del danno da lesione dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, così come ricostruita dalla Cassazione, “*manc[hi] di un reale fondamento sistematico e si confond[a] con altre ipotesi, ricondotte al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*”^[17].

Come accennato, la questione viene impostata dalla Sezione rimettente nei seguenti termini: l'interesse legittimo è la posizione che si correla all'esercizio del potere, l'interesse legittimo pretensivo esprime sia l'interesse 'sostanziale' all'ottenimento del bene della vita, sia l'interesse 'procedimentale' a che il provvedimento sia emanato seguendo il procedimento previsto dalla legge. La natura sostanziale, e non meramente processuale, della posizione di interesse legittimo renderebbe improprio sovrapporre a tale situazione giuridica soggettiva la diversa figura dell'affidamento.

Date queste premesse, il ragionamento della Sezione appare pregevole ma non del tutto lineare.

Deve essere necessariamente condiviso nella parte in cui afferma la natura relazionale dell'interesse legittimo. L'interesse legittimo è, infatti, la posizione giuridica soggettiva che si confronta con il potere amministrativo^[18] e la relazione che si viene ad instaurare tra il potere e l'interesse legittimo non può che dare luogo ad un particolare rapporto giuridico^[19], regolato dal diritto pubblico.

Ed è proprio alla luce della particolare natura della relazione che si instaura tra Amministrazione e privato che non risulterebbe sistematicamente corretto introdurre all'interno di una tale dinamica pubblicistica una diversa situazione di diritto soggettivo, avente ad oggetto il comportamento dell'Amministrazione da un punto di vista prettamente privatistico.

Il ragionamento, invece, appare non del tutto lineare laddove il giudice remittente, ponendo l'accento sia sull'aspetto 'sostanziale' sia su quello 'procedimentale' dell'interesse legittimo, sembra aderire all'opzione interpretativa che riconduce all'interno della nozione di interesse legittimo, oltre all'interesse all'ottenimento del bene della vita, anche la pretesa alla legittimità dell'agire della pubblica amministrazione. Se questa è la ricostruzione fatta propria dalla Sezione – secondo la tesi già autorevolmente sostenuta da Carlo Emanuele Gallo a margine dell'ordinanza n. 17586 del 2015^[20] – se ne dovrebbe logicamente dedurre che il rilascio di un provvedimento favorevole ma illegittimo leda non un diritto soggettivo^[21], ma direttamente la posizione di interesse legittimo del privato, con conseguente e obbligata attribuzione della controversia *de qua* alla giurisdizione del giudice amministrativo.

A questo punto, però, non si comprende la ragione per cui la Sezione abbia ritenuto necessario approfondire la questione, soffermandosi sulla impossibilità di rinvenire diritti soggettivi nelle vicende in cui vengono in rilievo danni da affidamento. L'assenza di diritti soggettivi viene motivata in base alla circostanza per cui, una volta annullato l'atto abilitativo, non sarebbe più configurabile il diritto ad esso conseguente e l'originario richiedente tornerebbe ad essere titolare di un mero interesse legittimo.

Sembra che la Sezione, per superare la giurisdizione del giudice ordinario, avverta la necessità di escludere in concreto la presenza di diritti soggettivi.

In realtà, la controversia dovrebbe spettare alla giurisdizione del giudice amministrativo non tanto per l'impossibilità di riscontrare diritti soggettivi in conseguenza dell'annullamento dell'atto abilitativo, ma, piuttosto, perché non può ragionevolmente ritenersi che l'interesse legittimo pretensivo esprima esclusivamente l'interesse al conseguimento del provvedimento e non anche l'interesse alla sua conservazione.

Del resto, il privato che entra in relazione con l'Amministrazione non solo vuole che la stessa gli riconosca il provvedimento favorevole, ma ha anche un interesse alla stabilità del provvedimento, a mantenerlo una volta ottenuto^[22]. Sicché l'annullamento del provvedimento favorevole illegittimo, disposto all'esito di un giudizio amministrativo, lede non un diritto soggettivo all'integrità del patrimonio o un diritto all'affidamento ma direttamente l'interesse legittimo pretensivo del privato. E la lesione dell'interesse legittimo – più che riconducibile all'illegittimità del provvedimento favorevole – sembra determinata dal fatto che la rimozione del provvedimento si riverbera direttamente sull'interesse alla stabilità dello stesso.

Gli altri argomenti richiamati dalla Sezione per affermare la giurisdizione del giudice amministrativo sono quelli relativi al collegamento della controversia con il potere amministrativo e all'incompatibilità dei criteri di riparto derivanti dall'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario con il dato costituzionale.

Com'è noto, l'art. 103 Cost. stabilisce che il criterio di riparto della giurisdizione sia quello della situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo: assegna al giudice ordinario le controversie in materia di diritti soggettivi e alla giurisdizione del giudice amministrativo la tutela degli interessi legittimi. La Corte costituzionale ha ulteriormente chiarito che la natura delle materie devolute alla giurisdizione generale di legittimità “è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino dinanzi al giudice amministrativo”^[23]. La presenza e l'esercizio del potere autoritativo sono, dunque, indicatori della presenza di una situazione di interesse legittimo^[24], la cui tutela anche risarcitoria è assegnata alla giurisdizione del giudice amministrativo^[25].

La Sezione rimettente, del tutto condivisibilmente, ritiene che le controversie relative al danno da affidamento siano riconducibili all'esercizio del potere, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Del resto, questo profilo era stato evidenziato, sin dal 2011, dalla migliore dottrina che ha affermato che “il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico”^[26] e che la tesi della Cassazione “non convince in quanto la controversia è pur sempre collegata all'esercizio di poteri nel quale l'Amministrazione è presente come autorità”^[27].

È, infatti, del tutto evidente che tra gli atti di esercizio di un potere amministrativo rientrano non solo il diniego illegittimo di un atto amministrativo ma, altresì, l'assenso ad un'istanza per mezzo di un provvedimento illegittimo^[28]. Affermare che la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario in quanto la *causa pretendi* del risarcimento risiede “non nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì, [...] in un comportamento (nel cui ambito l'atto di esercizio del potere amministrativo - provvedimento o adottato secondo moduli convenzionali - rileva come mero fatto storico) la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato (o non è stato) esercitato e venga prospettata come violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato”^[29] sarebbe del tutto improprio.

E ciò a tacer del fatto che l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative al ‘danno da affidamento’ si accompagna, inevitabilmente, alla prospettazione di criteri di riparto che sembrano inconciliabili con l'art. 103 Cost. così come interpretato dalla Corte costituzionale. A tale risultato si perviene, sia nel caso in cui la giurisdizione venga fatta dipendere dalla satisfattività o meno del provvedimento, sia nel caso in cui si ritenga che la lesione derivi “dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'Amministrazione”^[30]. Nel primo caso, si verificherebbe una frantumazione della giurisdizione anche in relazione a vicende unitarie, perché un provvedimento satisfattivo per il destinatario potrebbe non esserlo con riferimento alla posizione dei terzi^[31] e viceversa; nel secondo, si opererebbe un'artificiosa differenziazione, sezionando “in due parti un procedimento che si presenta unitario e orientato, nella sua destinazione, all'interesse pubblico e che non sembra poter essere scisso, a tal punto da determinare l'osservanza di regole differenti aventi diversa destinazione”^[32].

4.2. (segue) e in tema di affidamento e colpa dell'Amministrazione

Affrontato il tema della giurisdizione, è ora possibile soffermarsi sulla ricostruzione dell'affidamento proposta nella ordinanza in commento.

Come accennato, la Sezione rimettente muove dalle affermazioni per cui il mero annullamento di un provvedimento favorevole non potrebbe, di per ciò solo, essere posto a base di una domanda risarcitoria e che, affinché possa dirsi sussistente un affidamento, occorrerebbe sempre tenere conto delle peculiarità del caso concreto.

Partendo da questa prima considerazione, la Sezione sviluppa il suo ragionamento, che è in parte non del tutto lineare e in parte solleva alcune perplessità.

Appare ambiguo nella parte in cui, richiamata la precedente ordinanza di rimessione n. 2013 del 2021 e i due orientamenti in tema di danno da affidamento in caso di annullamento giurisdizionale del provvedimento favorevole, ma illegittimo, il Giudice ritiene di accogliere l'indirizzo più restrittivo, secondo il quale, una volta acclarata, con la sentenza di annullamento del provvedimento, la non spettanza del bene della vita, dovrebbe escludersi sia l'ingiustizia del danno che, conseguentemente, la sua risarcibilità^[33]. Infatti, non sembra possibile sostenere che la accertata non spettanza del bene della vita escluda il risarcimento e, contemporaneamente, che il mero annullamento non possa, di per sé solo, essere posto a base della domanda risarcitoria, dovendosi valutare le circostanze del caso concreto. Se, infatti, l'annullamento giurisdizionale del provvedimento esclude l'ingiustizia del danno, non possono – neanche astrattamente – configurarsi particolari circostanze occorse nell'*iter* procedimentale che consentano di fondare un affidamento giuridicamente tutelabile.

Il Collegio, quindi, pur dichiarando di aderire all'orientamento restrittivo, sembra discostarsene laddove procede, poi, alla disamina dei requisiti della posizione di affidamento per suggerirne la insussistenza nel caso di specie. A prescindere dal fatto che non ci si avvede della ragione per cui, accolta la tesi che nega la tutela risarcitoria del legittimo affidamento in caso di annullamento giurisdizionale del provvedimento favorevole, il Collegio si soffermi nella ricostruzione della posizione di affidamento, gli esiti interpretativi cui la Sezione rimettente perviene suscitano talune perplessità.

Com'è noto, affinché possa insorgere una posizione di affidamento devono sussistere congiuntamente tre requisiti^[34]: uno di carattere soggettivo, consistente nella buona fede e nell'assenza di colpa dell'amministrato; uno di carattere oggettivo, nel senso che l'affidamento deve trovare la propria fonte in un provvedimento o in un comportamento tenuto dall'Amministrazione; e uno temporale, nel senso che l'aspettativa alla stabilità deve essere ritenuta tanto più forte quanto maggiore sia il tempo trascorso.

Ebbene, con riferimento al requisito c.d. soggettivo, la Sezione ritiene che *“per aversi affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato, occorra che questi – in buona fede e senza sua colpa – ritenga di avere titolo al conseguimento o alla conservazione di un bene della vita”*^[35].

Se non può che concordarsi su questa affermazione, non essendo possibile che l'ordinamento tuteli l'interesse – maturato colposamente o, addirittura, in mala fede^[36] – alla conservazione del provvedimento favorevole, appaiono discutibili gli approdi successivi.

Il Giudice, infatti, ritiene condivisibile la deduzione difensiva per cui chi si avvale di un provvedimento tempestivamente impugnato lo fa 'a suo rischio e pericolo': non potrebbe

sussistere un affidamento risarcibile quando il beneficiario dell'atto, dopo l'impugnazione ad opera di un controinteressato, ritenga di effettuare spese che ragioni di prudenza imporrebbero di evitare. La Sezione prosegue affermando che tale principio dovrebbe rilevare a maggior ragione quando l'interessato abbia cominciato l'attività sulla base di una d.i.a./s.c.i.a. e poi il giudice abbia ravvisato l'insussistenza dei relativi presupposti, censurando la mancanza di provvedimenti repressivi dell'amministrazione.

Queste considerazioni, oltre a porsi in contrasto con il principio di presunzione di legittimità dei provvedimenti amministrativi, nonché con la regola per cui, in pendenza di giudizio e in assenza di misura cautelare di sospensione¹³⁷¹, il provvedimento amministrativo continua ad essere pienamente efficace, rischiano di rappresentare un vero e proprio *boomerang* sulla ripresa economica, specie a seguito della crisi pandemica.

Se, in ragione della impugnazione avverso il provvedimento favorevole, la tutela risarcitoria dell'affidamento venisse esclusa *de plano* – sulla base della circostanza che l'operatore economico accorto, in una ottica prudenziale, non dovrebbe effettuare spese – si verificherebbero conseguenze non certo auspicabili. Infatti – a portare alle naturali conseguenze l'affermazione della Sezione – sembra che la semplice proposizione di un ricorso giurisdizionale da parte di un soggetto controinteressato valga a determinare una sorta di surrettizia sospensione dell'efficacia del provvedimento: non v'è operatore economico che – a seguito del ricorso di un controinteressato – si accollerebbe, per tutto il tempo necessario a definire il giudizio, il rischio di effettuare spese di importi anche considerevoli laddove, sovrappiù, l'annullamento, verrebbe a trovarsi privo di tutela.

In sostanza, in presenza di un ricorso proposto avverso il provvedimento ampliativo rilasciato a proprio favore, l'operatore economico non intraprenderebbe alcuna attività giacché la risarcibilità del proprio interesse alla stabilità del provvedimento sarebbe *sic et simpliciter* esclusa, a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto della vicenda.

La criticità di siffatta interpretazione del requisito soggettivo dell'affidamento è tanto più grave laddove il Giudice ritiene che una simile soluzione si imporrebbe, a maggior ragione, per le attività avviate a seguito di segnalazione certificata di inizio attività. E ciò, non solo in quanto le norme di liberalizzazione “*celano in realtà l'ingiusto trasferimento dalle amministrazioni ai privati delle responsabilità della ricerca e della lettura delle regole applicabili alle singole fattispecie*”¹³⁸¹, ma soprattutto perché tale ricostruzione del requisito soggettivo – se intesa nel senso di escludere la tutela dell'affidamento nel caso in cui l'istanza di sollecitazione dei poteri di controllo dell'Amministrazione sia stata proposta dal controinteressato dopo sessanta giorni dalla presentazione della segnalazione – renderebbe definitivamente la s.c.i.a. uno strumento del tutto inadeguato ai fini del superamento dei regimi autorizzatori *ex ante*. Dal disposto dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, infatti, sembra emergere che il segnalante debba sopportare il rischio che la propria attività possa essere vietata, inibita o sospesa, esclusivamente per i sessanta giorni successivi alla presentazione dell'istanza. Trascorso quel momento – e stante la fondamentale diversità dei presupposti dell'esercizio dei poteri di controllo dopo i sessanta giorni – deve potersi ammettere, in linea generale, che il segnalante possa maturare un affidamento sulla stabilità del titolo.

Con riferimento al requisito oggettivo, la Sezione osserva che non potrebbe configurarsi un affidamento giuridicamente tutelabile ogniqualvolta il richiedente abbia presentato un'istanza non assentibile. Nel ragionamento del giudice, affermare che il beneficiario del

provvedimento annullato possa chiedere il risarcimento del danno significherebbe esonerarlo dalle conseguenze di tale illegittimità: anzi ne trarrebbe vantaggio in relazione alla possibilità di ottenere il ristoro economico dall'Amministrazione^[39].

Anche sotto tale profilo, la ricostruzione proposta suscita alcune perplessità.

L'Amministrazione, lungi dall'essere un soggetto incapace per il quale l'ordinamento deve apprestare una particolare tutela^[40], occupa una posizione che genera di per sé un affidamento – *lato sensu* inteso – in capo ai cittadini^[41], viepiù quando riscontra l'istanza del privato con un provvedimento espresso.

Del resto, subordinare la tutela dell'affidamento alla assentibilità dell'istanza e, quindi, alla spettanza del bene della vita, pone un rilievo critico difficilmente superabile: si andrebbe, infatti, a risarcire non l'affidamento ma, direttamente, l'interesse al bene della vita.

Infine, con riferimento all'elemento temporale, si può in linea di massima condividere il principio affermato dalla Sezione, per cui l'affidamento necessita di un certo lasso di tempo per consolidarsi e difficilmente, nel caso di provvedimento favorevole tempestivamente impugnato dal controinteressato, tale requisito potrebbe dirsi integrato.

Tuttavia, occorre osservare come la valutazione circa la sufficienza dell'elemento temporale per maturare un affidamento debba essere, comunque, effettuata alla luce della fattispecie concreta, considerando anche gli altri due elementi: non si dovrebbe negare una tutela risarcitoria dell'affidamento sul solo presupposto dell'esiguità del lasso temporale intercorso dall'emanazione del provvedimento favorevole.

Analizzato il tema della posizione di affidamento è ora possibile soffermarsi brevemente sull'argomento della colpa dell'Amministrazione, oggetto della terza questione rimessa all'Adunanza Plenaria.

In merito si può condividere quanto sostenuto dalla Sezione rimettente: la colpa dell'Amministrazione ben potrebbe non sussistere nel caso in cui il danno sia imputabile alla particolare complessità della vicenda amministrativa.

5. Rilievi conclusivi in attesa dell'Adunanza Plenaria

L'ordinanza in commento rimette alla Plenaria alcune questioni connesse ad un tema complesso e, al contempo, fondamentale nella ricostruzione del sistema di tutela del privato nei confronti dell'Amministrazione, e lo fa sia sotto il profilo della giurisdizione sull'azione risarcitoria da lesione dell'affidamento, sia con riguardo alla ricostruzione di tale posizione sul piano sostanziale.

Sotto il profilo della giurisdizione, non può non auspicarsi che l'Adunanza Plenaria confermi la giurisdizione amministrativa nelle controversie relative al danno da affidamento. Si sono sopra evidenziate le convincenti ragioni che impongono tale soluzione: la giurisdizione del giudice ordinario rischia di non essere sostenibile sotto il profilo sistematico, svalutando la

connessione delle controversie con il potere amministrativo e introducendo criteri di riparto che sembrano avulsi da quello previsto dall'art. 103 della Costituzione.

Venendo, invece, alla posizione di affidamento sembra che la ricostruzione proposta dalla Sezione sia eccessivamente restrittiva. È opportuno che la Plenaria si esprima sul punto in modo da non impedire *a priori* la tutela contro i danni patrimoniali sopportati dall'amministrato che abbia confidato nella stabilità del provvedimento amministrativo. In particolare, i requisiti oggettivo, soggettivo e temporale dovrebbero essere valutati sempre in concreto, alla luce delle vicende del caso specifico. In altri termini: sarebbe opportuno considerare i tre requisiti non come dei compartimenti stagni, bensì come dei vasi comunicanti in grado di compensarsi a vicenda. Dovrebbe, quindi, riconoscersi un affidamento suscettibile di ristoro anche nel caso in cui il provvedimento favorevole, seppur tempestivamente impugnato, sia stato accompagnato da un contegno dell'Amministrazione volto a rassicurare il privato circa la legittimità dello stesso, così da sopperire all'esiguo lasso di tempo entro cui l'affidamento in questione si è consolidato.

Con riferimento alla terza questione rimessa alla Plenaria, pur dovendosi concordare, in linea di principio, con le argomentazioni della Sezione, occorrerà che il giudice amministrativo applichi tale scusante in modo rigoroso ed equilibrato. È, infatti, evidente che riconoscere *sic et simpliciter* l'assenza di colpa dell'Amministrazione per errore scusabile determinerebbe un vuoto di tutela a danno dell'amministrato.

Infine, corre l'obbligo di rilevare che nell'economia complessiva dell'ordinanza sembrano non essere stati adeguatamente valorizzati due rilevanti elementi del caso concreto: da un lato, la ricorrente aveva acquistato il terreno quando era già pendente il ricorso giurisdizionale per l'annullamento dell'atto di pianificazione – situazione ben diversa rispetto a quella in cui versa il destinatario originario del provvedimento favorevole impugnato – e, dall'altro, successivamente all'annullamento della variante urbanistica e del permesso di costruire, era intervenuta una delibera di riapprovazione della variante, finalizzata alla sanatoria delle opere edilizie *ex art. 38 d.p.r. n. 380 del 2001*.

Se la prima circostanza, insieme con la sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, potrebbe far ritenere insussistente l'elemento soggettivo dell'affidamento^[42], alla luce del fatto che non può certo definirsi non colposo il contegno di chi acquista un terreno edificabile sulla base di una variante urbanistica tempestivamente impugnata, il sopravvenire della 'sanatoria' introduce un elemento di ulteriore complicazione, potendo – in astratto – fondare un affidamento distinto rispetto a quello maturabile sul permesso di costruire.

Non sembra che la questione sia risolvibile unicamente sulla base del criterio della spettanza del bene della vita.

Infatti, da una parte, in difetto della reintrodotta variante, si potrebbe dubitare della sussistenza, oltre che dell'elemento soggettivo, anche dell'elemento oggettivo su cui maturare un affidamento. Questo dubbio riporta alla annosa questione della trasmissibilità dell'interesse legittimo^[43] e non è certo questa la sede per soffermarsi su un argomento che presenta profili di indubbia complessità. Tuttavia, si deve evidenziare che, eccezion fatta per la voltura^[44] del permesso di costruire, in assenza della nuova variante la ricorrente non avrebbe avuto direttamente alcun 'rapporto amministrativo' con il Comune, in quanto sia la

prima variante urbanistica che il titolo edilizio impugnati erano stati rilasciati a favore del suo dante causa^[45].

D'altra parte, la ricorrente aveva comunque ottenuto la 'sanatoria' e, quindi, si tratterà di valutare se, ed in che termini, il contegno dell'Amministrazione comunale, insieme agli altri requisiti, avrebbe potuto integrare un affidamento giuridicamente rilevante.

^[41] Annullamento avvenuto con sentenza TAR Marche, sez. I, 1.8.2011, n. 630 e confermato con sentenza Cons. St., sez. IV, 19.6.2014, n. 3114.

^[42] Con sentenza TAR Marche, sez. I, 8.10.2015, n. 698.

^[43] Cfr. TAR Marche, sez. I, 6.5.2020, n. 268.

^[44] Concessa con ordinanza TAR Marche, sez. I, 8.7.2010, n. 444 e confermata con ordinanza Cons. St., sez. IV, 29.9.2010, n. 4458.

^[45] Con ordinanza Cons. St., sez. II, 9.3.2021, n. 2003. Per un commento all'ordinanza si rinvia a C. Napolitano, *Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato* in www.giustizainsieme.it, 2020.

^[46] Come noto l'indirizzo ha preso avvio dalle ordinanze Cass., SS.UU., 23.3.2011, nn. 6594, 6595 e 6596 – su cui si veda la relazione al convegno svoltosi presso l'Università di Roma Tre l'11 maggio 2011, intitolato "L'azione risarcitoria nei confronti delle pp.AA. e l'eterno dibattito sulle giurisdizioni", di F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento* in *Foro amm. TAR*, 2011, 9, LXVII, nonché M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e la nascita di nuove questioni* in *Federalismi.it*, 2011, 7, 1 e ss. – ed è stato successivamente confermato con ordinanze Cass., Sez. Un., 4.9.2015, n. 17586; 22.5.2017, n. 12799; 22.6.2017, n. 15640; 23.1.2018, n. 1654; 2.3.2018, n. 4996; 24.9.2018, n. 22435; 13.12.2018, n. 32365; 19.2.2019, n. 4889; nonché, da ultimo con ordinanze Cass., Sez. Un., 28.4.2020, n. 8236 e 22.1.2021, n. 615. Anche il Consiglio di Stato ha aderito a questo indirizzo, sul punto, si vedano: Cons. St., sez. V, 27.9.2016, n. 3997; Id., sez. IV, 25.1.2017, n. 293; Id., 20.12.2017, n. 5980; Id., sez. VI, 13.8.2020, n. 5011.

^[47] In particolare, si vedano: ordinanze Cass., Sez. Un., 21.4.2016, n. 8057 e 29.5.2017, n. 13454 nonché Cons. St., sez. V, 23.2.2015, n. 857; TAR Abruzzo, sez. I, 20.6.2012, n. 312.

^[48] cfr. punto n. 3 di Cass. civ., Sez. Un., ord. 23.3.2011, n. 6596.

^[49] C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione* in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 2, 564.

^[50] Questa è la ricostruzione dell'interesse legittimo autorevolmente sostenuta da Franco Gaetano Scoca. Sul punto, *funditus*, si veda: F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

^[51] Cfr. il punto n. 8.3 dell'ordinanza delle Sezioni Unite n. 17586 del 2015.

^[52] Così sempre il punto n. 8.3 dell'ordinanza delle Sezioni Unite n. 17586 del 2015.

^[53] G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche* in www.giustizainsieme.it, 2020.

^[54] Cfr. il punto n. 28.8 dell'ordinanza in commento.

^[55] Secondo la Sezione, non potrebbero dirsi sussistenti gli estremi per configurare un affidamento tutelabile, non solo, nel caso in cui il privato abbia dolosamente o colpevolmente indotto in errore l'Amministrazione, ma anche laddove la sua

pretesa non sia conforme al quadro ordinamentale e non possa, quindi, essere assentita. Si vedano i punti nn. 33.1 e 33.7 della ordinanza in commento.

[16] A favore della giurisdizione del giudice amministrativo si sono, negli anni, espressi: R. Villata, F.G. Scoca, C.E. Gallo, A. Travi. Si distingue la posizione di M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e la nascita di nuove questioni* in *Federalismi.it*, 2011, 7, 11; per cui la giurisdizione dovrebbe spettare al giudice amministrativo “*almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva*”.

[17] Così A. Travi, *Il giudice amministrativo come risorsa?* in *Questione Giustizia*, 2021, 1, 27. La mancanza di reale fondamento sistematico della figura citata e la confusione con altre ipotesi di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi è stato un profilo su cui si è ampiamente soffermata la dottrina amministrativistica. Sul punto, si vedano: M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento* in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 899-900, per cui la Cassazione, nel delineare un diritto all'affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo, in realtà sta configurando “*un a pretesa al corretto svolgimento dell'azione amministrativa, cioè una posizione che si confronta con l'esercizio del potere, e che dunque non può non dare luogo, secondo le correnti qualificazioni, che ad un interesse legittimo*”; A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione* in *Foro it.*, 2011, I, 2398, in cui “*l'utilità della figura dell'affidamento non deve andare a detrimento della possibilità di identificare una ordinaria situazione soggettiva di interesse legittimo (esattamente come non vi è bisogno di scomodare la figura dell'affidamento, per ammettere il risarcimento nel caso di violazione di obbligazioni contrattuali)*”; C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione* in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 2, 569; G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo* in *Riv. giur. ed.*, 2016, 5, 484, per il quale “*la Cassazione sembra volersi ritagliare uno spazio di giurisdizione in questioni che sono chiaramente di interessi legittimi*”.

[18] Il rapporto tra potere e interesse legittimo è riconosciuto da tutta la letteratura. Sia da coloro che sostengono che l'interesse legittimo sia una posizione giuridica soggettiva sostanziale strumentale (su tutti: F.G. Scoca, *Interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, *passim*) sia da coloro che sostengono la tesi c.d. finale (su tutti G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino* in *Dir. Amm.*, 2014, 4, 585) sia, infine, dalla Scuola che riconduce l'interesse legittimo ad un diritto di credito (su tutti: L. Ferrara, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo: appunti* in *Dir. amm.*, 2013, 475; Id., *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento* in *Dir. Pubbl.*, 2019, 3, 725).

[19] Tale relazione è stata espressamente definita dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 2020 in termini di ‘rapporto amministrativo’. Di ‘rapporto amministrativo’ parlano apertamente anche: M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo* in *Foro it.*, 1997, V, 469, per cui v'è “*un contatto amministrazione-privato che non si esaurisce nel momento di sintesi autorità-libertà, costituita e espressa dall'atto amministrativo, ma si prolunga nel tempo prima e oltre quel momento [...] un rapporto amministrativo perché non si saprebbe come definire altrimenti questo contatto durevole in cui si manifestano da una parte e dall'altra poteri, soggezioni, oneri, aspettative, ecc.*”; F.G. Scoca, *Interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, 458 e G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino* in *Dir. Amm.*, 2014, 4, 589.

[20] C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione* in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 2, 564 e ss.

[21] E ciò a prescindere dal fatto che lo stesso venga ricostruito come diritto all'integrità del patrimonio, come nell'ordinanza n. 17856/2015, o diritto all'affidamento, come da ultimo sostenuto dalle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 8236/2020.

[22] Cfr. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo cit.*, pag. 466-467 e G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo* in *Riv. giur. ed.*, 2016, 5, 495.

[23] Cfr. il punto n. 3.2. della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

[24] F. Caringella, *Il riparto di giurisdizione* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008.

[25] Sui ‘rischi’ che la tutela risarcitoria comporta per il giudice amministrativo si veda F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria* in *Questione Giustizia*, 2021, 1, 133 e ss.

[26] M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e la nascita di nuove questioni* in *Federalismi.it*, 2011, 7, 11.

[27] R. Villata, «*Lunga marcia*» della Cassazione verso la giurisdizione unica («*Dimenticando*» l'art. 103 della Costituzione)? in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 1, 349.

[28] M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento* in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 898-899; sostiene che all'origine dell'affidamento vi è comunque un provvedimento e, ai fini del riparto, “*poco importa che questo sia stato annullato, così come poco importa che si sia trattato un provvedimento illegittimo «favorevole»*” mentre “*ciò che conta è che*

*L'azione dell'amministrazione, la si qualifichi come si preferisce (atto o comportamento), rimanga pur sempre da collegare, immediatamente o mediatamente, all'«esercizio» del potere pubblico». Per F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)* in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 4, 1103; con riferimento, però all'ordinanza n. 8236 del 2020 (che, come accennato, ha assegnato alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia risarcitoria anche nel caso in cui l'affidamento sia maturato non su un previo provvedimento ma su un comportamento della P.A.), ha affermato – con un ragionamento a *maiori ad minus* estensibile anche al caso di cui occupa – che la Cassazione erroneamente ritiene “*vi sia esercizio del potere solo con l'adozione del provvedimento e non nel corso del procedimento, con l'adozione, o non adozione, degli atti endoprocedimentali, o anche con assunzione di comportamenti significativi [e, quindi,] non vede il collegamento (se si vuole indiretto, ma forse anche diretto) tra l'affidamento e l'esercizio del potere, appunto, nel corso del procedimento*”.*

^[29] cfr. il punto 27.2. dell'ordinanza n. 8236/2020 *cit.*

^[30] cfr. il punto n. 26.1 dell'ordinanza n. 8236 del 2020 *cit.*. Cfr. G. Tropea - A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche* in www.giustiziainsieme.it, 2020 che hanno evidenziato come “*l'iter prodromico all'esercizio (o al non esercizio) di un potere non possa essere privato della sua prima materia pubblicistica, e dunque derubricato alla stregua di un mero comportamento materiale?*”.

^[31] Sul punto si veda: M. Mazzamuto, *op. cit.*, 906 e C.E. Gallo, *op. cit.*, 575.

^[32] A. Di Majo, *La responsabilità pre-contrattuale della Pubblica Amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato* in *Riv. giur. ed.*, 2020, 4, 2, 291.

^[33] Sulla criticità di questa interpretazione si veda C. Napolitano, *Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato* in www.giustiziainsieme.it, 2021. L'A. ha altresì rilevato una contraddittorietà nel ragionamento della Sezione rimettente laddove, in controversia del tutto analoga a quella che ha dato avvio all'ordinanza in commento, il Giudice, da un lato, “*sostiene la concessione del danno al potere amministrativo per richiamare a sé la giurisdizione*” e, dall'altro, “*sembra negare la risarcibilità del danno [sul presupposto che] non sussisterebbe il comportamento tipico che fonda la lesione dell'affidamento legittimo per ius commune ovvero per la violazione del divieto di venire contra factum proprium*”.

^[34] Da ultimo, si veda, anche se con riferimento ad una fattispecie relativa all'autotutela, la sentenza Cons. St., sez. III, 8.7.2020, n. 4392 in cui il Giudice afferma “*affinché un affidamento sia legittimo è necessario un requisito oggettivo, che coincide con la necessità che il vantaggio sia chiaramente attribuito da un atto all'uso rivolto e che sia decorso un arco temporale tale da ingenerare l'aspettativa del suo consolidamento, e un requisito soggettivo, che coincide con la buona fede non colposa del destinatario del vantaggio (l'affidamento non è quindi legittimo ove chi lo invoca versi in una situazione di dolo o colpa)*”. In dottrina, nel fondamentale testo di F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’alternanza*, Milano, 2001, 127; si definisce l'affidamento come “*una situazione giuridica soggettiva caratterizzata da un'aspettativa generata dall'altrui comportamento (che può essere anche inerzia) e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui fiducia*”.

^[35] Cfr. punto n. 33.1. dell'ordinanza in commento.

^[36] Ad esempio, nel caso di provvedimento *ictu oculi* illegittimo.

^[37] Che, si ricorda, nel caso *sub iudice* era stata concessa, pur consentendo la prosecuzione dei lavori fino al livello del piano di campagna.

^[38] M.A. Sandulli, *La “risorsa” del giudice amministrativo* in *Questione Giustizia*, 2021, 1, 39. Sul tema della liberalizzazione e dei rischi derivanti per il privato si rinvia a: M.A. Sandulli, *La “trappola” dell'art. 264 del dl 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, in *Giustizia insieme*, 2 giugno 2020 nonché a M.A. Sandulli, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in Id. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020.

^[39] Secondo le argomentazioni già contenute nella sentenza Cons. St., sez. V, 29.10.2014, n. 5346, in cui: “*nel caso di proposizione di una domanda non accoglibile, il ‘bene della vita’ non spetta ab origine e il successivo annullamento del titolo abilitativo illegittimamente formatosi non consente di chiedere un risarcimento del danno per la perdita di un quid sostanzialmente non spettante*” e, quindi, “*non può [...] dolersi del danno chi – per una qualsiasi evenienza e con un provvedimento espresso, ovvero a seguito di un silenzio assenso o una s.c.i.a. – abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile solo contra legem) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno*”.

^[40] Come sembra emergere dal punto 33.7 dell'ordinanza in commento laddove si legge che “*il controinteressato soccombente [...] vanta indubbiamente una pretesa risarcitoria nei confronti del progettista che ha elaborato la domanda, la quale è accolta (de plano o previ accertamenti) perché l'Amministrazione la ha considerata attendibile, fidandosi del titolo professionale di chi la ha predisposta*”. L'ordinanza, sempre al punto 33.7, afferma che in questi casi sarebbe esclusivamente responsabile il progettista: “*il controinteressato soccombente – a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del titolo – vanta indubbiamente una pretesa risarcitoria nei confronti del progettista che ha elaborato la domanda*”.

^[41] E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo* in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, I, Padova, 2003, 380.

^[42] Come ha ritenuto – estendendo impropriamente tale principio anche alla posizione dell'originario destinatario del provvedimento – la Sezione al punto n. 34.2. dell'ordinanza in commento.

^[43] In dottrina, si rinvia ai già citati F.G. Scoca, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 468-475; G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino* in *Dir. Amm.*, 2014, 4, 616-625; nonché ad A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in A. Travi (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, 2014, 76 e ss..

^[44] Che, comunque, è atto vincolato. Sul punto, si vedano, *ex multis*: Cons. St., sez. VI, 20.10.2014, n. 5159; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 22.10.2020, n. 2736; Id., sez. I, 15.2.2007, n. 276; Cass. civ., sez. un., 22.10.2003, n. 15812.

^[45] In questa ipotesi, ben diverso sarebbe stato se la ricorrente avesse ricevuto assicurazioni dal Comune circa la legittimità della variante e del titolo edilizio rilasciati al suo dante causa oppure se la stessa – acquistata il terreno dopo che l'atto di pianificazione e il titolo edilizio fossero divenuti inoppugnabili – fosse stata destinataria di un annullamento d'ufficio, casi in cui – a rigore – dovrebbe riconoscersi un affidamento giuridicamente rilevante.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1986 – 15 ottobre 2021

Sull’obbligo di rinvio pregiudiziale (nota a CGUE, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA* in C-561/19)

di Giorgio Capra

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con la recente sentenza *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA*, ha confermato le ipotesi – già delineate nella sentenza *Cilfit* – al ricorrere delle quali il giudice nazionale di ultima istanza, pur in presenza di una questione concernente l’applicazione del diritto eurounitario, è esonerato dall’obbligo di investire la Corte tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Il Consiglio di Stato, che nell’ambito del giudizio aveva già sollevato alcune questioni pregiudiziali su cui la Corte si era pronunciata con sentenza, alla luce di una ulteriore richiesta di rinvio pregiudiziale proveniente dalle parti appellanti, ha preliminarmente sottoposto alla Corte di Giustizia la seguente questione: “[S]e, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, il giudice nazionale, le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale, è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell’Unione europea, anche nei casi in cui tale questione gli venga proposta da una delle parti del processo dopo il suo primo atto di instaurazione del giudizio o di costituzione nel medesimo, ovvero dopo che la causa sia stata trattenuta per la prima volta in decisione, ovvero anche dopo che vi sia già stato un primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea”.

La Corte di Giustizia, ricordato che il rinvio pregiudiziale “costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai trattati” e “mira ad assicurare l’unità di interpretazione del diritto dell’Unione, permettendo così di garantir[ne] la coerenza, la piena efficacia e l’autonomia”, ha ribadito e sviluppato i criteri – già espressi nella sentenza *Cilfit* – al ricorrere dei quali l’obbligo dei giudici di ultima

istanza di rivolgersi alla Corte in presenza di questioni di interpretazione del diritto eurounitario viene meno.

Si tratta dei casi di irrilevanza della questione, dell'*acte éclairé*, ovvero sia quando la questione sia materialmente identica ad altra già decisa o vi sia una giurisprudenza consolidata della Corte sul punto, e dell'*acte clair*, quando l'interpretazione del diritto dell'Unione si imponga con evidenza tale da non dare adito a ragionevoli dubbi. Con riguardo all'ultima ipotesi, la Corte di Giustizia ha, poi, richiamato la necessità di interpretare il diritto unionale secondo le caratteristiche ad esso proprie e tenendo in considerazione le particolari difficoltà interpretative che esso pone sotto il profilo delle divergenze linguistiche tra le varie versioni delle disposizioni e dell'autonomia delle sue nozioni, nonché il rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione.

In ogni caso, la CGUE ha ribadito che, qualora ritenga di essere esonerato dall'obbligo di sottoporre alla Corte un rinvio pregiudiziale, il giudice di ultima istanza debba motivare la propria decisione specificando quale ipotesi reputi sussistere.

La Corte ha poi precisato che l'iniziativa delle parti nel giudizio di ultima istanza non può privare il giudice della propria indipendenza nel vagliare se ricorra una delle ipotesi di cui alla sentenza *Cilfit*, obbligandolo così a presentare un rinvio pregiudiziale. Qualora, però, non ricorra alcuna delle succitate ipotesi, il giudice di ultima istanza è tenuto a sottoporre alla Corte di Giustizia ogni questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso. E questo obbligo non viene meno neanche nel caso in cui tale giudice abbia già sottoposto una questione pregiudiziale qualora, dopo la decisione della Corte, permangano questioni di interpretazione del diritto unionale la cui risoluzione è necessaria per dirimere la controversia.

La Corte di Giustizia ha, però, ricordato che il giudice di ultima istanza può astenersi dal rinvio pregiudiziale per ragioni di irricevibilità inerenti alla disciplina del procedimento dinanzi a tale giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività della tutela giurisdizionale.

È significativo notare che, nelle proprie conclusioni del 15 aprile 2021, l'avvocato generale Bobek aveva auspicato un superamento dei criteri *Cilfit* e, più in generale, un ripensamento dello strumento del rinvio pregiudiziale, non nell'ottica della mera corretta applicazione del diritto unionale al caso concreto, ma in funzione nomofilattica.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1790 – 14 giugno 2021

Interpretazione dell'atto amministrativo ed eccesso di potere. Nota a Tar Veneto n. 52/2021 del 14-01-2021

di Vincenza Caracciolo La Grotteria

Sommario: 1. Premessa sulla vicenda processuale - 2. Questioni sull'interpretazione dell'atto amministrativo - 3. Eccesso di potere per perplessità ed incertezza nella individuazione del potere esercitato - 4. Note conclusive.

1. Premessa sulla vicenda processuale.

La controversia oggetto della sentenza emessa dal Tar Veneto, sfociata in una pluralità di ricorsi, trae origine da una istanza presentata, nel 2003, dalla s.r.l. Delta-Scano alla Regione Veneto (Ufficio regionale del genio Civile di Rovigo), per la concessione di uno “specchio d’acqua” ricadente in località Scanno Cavallari del Comune di Porto Viro, da destinare ad attività di acqua coltura. La predetta richiesta è stata accolta, con provvedimento del giugno 2004 ma, a seguito delle reazioni e proteste degli operatori del settore, l’esecuzione della concessione è stata sospesa dal responsabile dell’ufficio del Genio civile di Rovigo.

Successivamente, il Consorzio di Gestione e valorizzazione dei molluschi bivalvi di Chioggia (COGEVO) ha proposto impugnativa avverso la concessione di cui sopra, chiedendone l’annullamento, con ricorso notificato alla società Delta-Scano, quale controinteressata. Inoltre, lo stesso consorzio ha proposto ricorso per motivi aggiunti, con il quale è stato chiesto l’annullamento, previa suspensiva, della nota del Genio civile di Rovigo, secondo cui la sospensione dell’esecuzione della concessione n. 10/2004 alla società Delta-Scano s.r.l. non impediva al concessionario di “esercitare i diritti di utilizzo dell’area in concessione”.

Successivamente è intervenuto un provvedimento di autorizzazione allo spostamento parziale della concessione originaria^[1] che, con decreto n. 113/2008, è stato revocato. Da qui l'impugnativa del provvedimento di revoca, cui è seguita la costituzione della Regione Veneto e l'intervento *ad opponendum*, a sostegno del predetto decreto di revoca, proposto da altra società e da un consorzio (AL ME CA).

Altro ricorso è stato proposto dal consorzio ALMECA e dalla stessa società agricola che avevano proposto intervento *ad opponendum*, per chiedere l'annullamento dell'autorizzazione in favore della società Delta-Scano a spostare parte della concessione demaniale all'interno dello sbocco a mare del Po di Levante, ossia in un'area di convergenza di interessi economici di primaria importanza, cui sono legate attività consortili e societarie che operano "nel mondo della pesca".

Il Tar, con la decisione oggetto delle presenti note, ha accolto, entro certi limiti, il ricorso n. 980/2008, annullando il decreto n. 113/2008, emanato dal dirigente dell'unità periferica del Genio civile di Rovigo, con cui era stata revocata l'autorizzazione allo spostamento di mq 75.470 "di spazio acqueo all'interno dei moli foranei dello sbocco a mare del Po di Levante", mentre ha rigettato il ricorso proposto dal Consorzio ALME.CA e dalla società agricola.

La sentenza del Tar Veneto affronta questioni processuali che scaturiscono dall'applicazione di canoni fondamentali del processo amministrativo, come quello che prescrive al ricorrente, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, la previa notifica, oltre che all'amministrazione che ha emesso il provvedimento impugnato, anche ai controinteressati o, almeno, ad uno di essi, purchè ne ricorrano i presupposti.

Di particolare interesse si presenta pure la tematica concernente l'illegittimo esercizio del potere di autotutela in relazione alla natura dell'atto^[2]. Il ricorso è stato accolto con riferimento a due differenti motivi concernenti l'interpretazione con riferimento al vizio di eccesso di potere, il primo per sviamento, erroneità dei presupposti e incongruità manifesta, il secondo per perplessità.

2. Questioni sull'interpretazione dell'atto amministrativo

L'interpretazione di un atto amministrativo costituisce un momento fondamentale dell'esercizio dell'azione da promuovere. Per mezzo dell'interpretazione, l'atto viene individuato rispetto alla categoria di appartenenza, con conseguenze sui relativi effetti e sulla disciplina giuridica da applicare.

Al fine di svolgere una corretta interpretazione^[3], vengono utilizzati una serie di criteri analoghi a quelli applicati per l'interpretazione del contratto^[4]. In particolare, è necessario fare riferimento non solo al dato letterale del testo e alla coerenza del dispositivo rispetto alla motivazione, ma, soprattutto, indagare sull'interesse che l'amministrazione intende perseguire, alla luce dei principi di buona fede, buon andamento, imparzialità e logicità^[5]. A tal fine, l'interprete è chiamato a svolgere un esame approfondito non soltanto del provvedimento, ma anche di tutti gli atti del procedimento che costituiscono i presupposti in base ai quali il provvedimento è stato adottato^[6]. In tal modo può essere compiuta una valutazione complessiva rispetto allo scopo che, per mezzo del provvedimento, si intendeva

perseguire, con riguardo ai principi dell'azione amministrativa[7] (enunciati all'art. 1 della legge 241/1990) che devono trovare ampia applicazione quando viene svolta attività di interpretazione di tipo estensivo ed analogico. Il lavoro dell'interprete deve essere altresì focalizzato sull'obbiettivo che si intende perseguire attraverso l'emanazione dell'atto stesso, in quanto il fine indicato dalla legge si riflette nello scopo concreto del provvedimento[8].

Il ricorrente ha articolato le sue doglianze asserendo che il provvedimento di revoca della concessione demaniale (oggetto di impugnazione) era stato emesso sul presupposto che, durante il procedimento per il rilascio della concessione stessa, non risultava pronunciato il parere dell'organo tecnico consultivo competente.

L'obbligatorietà di tale parere sarebbe stata prevista da una delibera della Giunta Regionale per il Veneto (454/2002) che, mentre per un verso conferiva natura di parere obbligatorio agli atti consultivi rilasciati dalla Capitaneria di Porto e dal Comune, per altro verso, prevedeva che il parere della commissione consultiva regionale locale per la pesca e l'acquacoltura potesse essere richiesto solo a seguito della avvenuta acquisizione dell'atto consultivo favorevole da parte degli altri enti. Ne deriva che l'omissione del predetto parere non determinerebbe l'illegittimità del provvedimento, tanto più che tale atto consultivo era stato richiesto dall'Ufficio del Genio civile che, trascorso un anno dalla richiesta senza ottenere risposta alcuna, ha deciso di procedere, comunque, al rilascio del provvedimento concessorio.

Il Collegio ha accolto la doglianza del ricorrente, statuendo che la fattispecie oggetto di esame non rientra tra le ipotesi in cui è applicabile la delibera della Giunta regionale (che prevede il rilascio del parere di cui sopra), poiché mentre tale delibera si riferisce alle nuove concessioni e agli ampliamenti di precedenti concessioni, il caso in esame riguarda la variazione di una concessione precedente, in quanto si tratta di "spostamento parziale di specchio acqueo in concessione demaniale marittima".

Tale interpretazione della delibera della Giunta Regionale sarebbe determinata anche dalla precisazione, in essa contenuta, secondo cui sono considerate nuove concessioni anche gli "incrementi di superficie autorizzati a beneficio di concessioni in essere" e resterebbe, pertanto, esclusa l'ipotesi di spostamento dell'area oggetto di concessione, che non determina l'impegno di un'area maggiore rispetto a quella già concessa, ma soltanto lo spostamento da un sito ad un altro.

Nel caso di specie, la corretta interpretazione della delibera della Giunta regionale discende dal dato testuale, perché lo stesso atto ne specifica l'applicabilità solo alle "nuove concessioni" e non anche allo spostamento di concessioni pregresse, per cui la pubblica amministrazione avrebbe potuto decidere in assenza del parere previsto nell'atto deliberativo.

Dall'errata interpretazione della delibera deriva l'illegittimità dell'atto di revoca del provvedimento, viziato da eccesso di potere per erroneità dei presupposti, in quanto i vincoli, indicati nella delibera stessa, non avrebbero dovuto trovare applicazione nella fattispecie, per cui il Collegio ha rilevato l'erroneità della individuazione da parte dell'organo decidente della disciplina applicabile al caso concreto.

3. Eccesso di potere per perplessità ed incertezza nella individuazione del potere esercitato.

Altro motivo di accoglimento del ricorso concerne l'eccesso di potere sotto il profilo della c.d. perplessità, in quanto, dal tenore dell'atto, emerge che l'amministrazione ha esercitato il potere in maniera incerta, applicando i parametri e gli elementi distintivi propri sia della revoca che dell'annullamento d'ufficio, pur avendo attribuito all'atto il *nomen iuris* di revoca.

L'esercizio del sindacato di eccesso di potere dei provvedimenti amministrativi si concreta in un riesame complessivo da parte del giudice amministrativo, oltre che sulla validità, sulla funzione esercitata dalla pubblica amministrazione, con particolare riferimento al fine di interesse pubblico che deve essere perseguito. È noto, infatti, che il giudice amministrativo (che si occupa del corretto esercizio del potere) individua le ipotesi di violazione del fine, che costituiscono i vizi della scelta dell'amministrazione che, pur essendo dotata di potere discrezionale, è vincolata nel fine ed è tenuta a rispettare parametri e principi elaborati via via dalla giurisprudenza.

Tra i vizi del provvedimento va annoverato l'eccesso di potere per vizio di volontà, che è espressione dell'errore in cui è incorso il decidente. La volontà costituisce un elemento fondamentale del provvedimento che si traduce in un atto volitivo dell'autorità emanante, tenuto conto dell'apporto di eventuali pluralità di soggetti che svolgono un ruolo determinante nel corso del procedimento. Ne deriva che i vizi che possano inficiare la volontà determinano l'illegittimità del provvedimento per eccesso di potere sotto il profilo delle diverse figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza che, come è noto, interviene spesso ad integrare le regole previste nel nostro sistema di diritto amministrativo, fondato, essenzialmente, sui principi dell'ordinamento costituzionale ed europeo. Da qui l'importante opera dell'interprete che, alla luce dei principi generali, esplicita le norme, a volte criptiche, e ne integra i contenuti, affermando i principi fondamentali di garanzia dei cittadini, in coerenza con il quadro costituzionale. Tale attività può essere svolta senza sostituire l'azione amministrativa chiamata per prima ad interpretare ed applicare le norme certe e determinate che devono essere formulate dal legislatore, il quale deve fissare le regole attuative dei principi costituzionali^[9]. Tali regole devono essere interpretate ed applicate *in primis* dall'amministrazione e, laddove questa abbia errato nell'esercizio del potere, dal giudice, che, mediante una interpretazione ampia, può applicare la norma senza sostituirsi al potere esecutivo né al potere legislativo. Il rispetto del principio della separazione dei poteri garantisce il sistema democratico, che rischierebbe di essere intaccato nel caso in cui venisse consentito agli esperti, tecnici del diritto, di costruire nuove norme in pieno contrasto con il principio di sovranità popolare su cui è fondato il nostro sistema. È necessario, pertanto, mantenere i limiti tra interpretazione e creazione del diritto, riconoscendo il ruolo fondamentale della norma scritta, che deve essere posta alla base delle decisioni amministrative, limitando l'*overruling* giurisprudenziale^[10].

D'altro canto la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione^[11] ha affermato che l'interpretazione della legge "rappresenta il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può, dunque, integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice amministrativo". Il giudice ha il potere-dovere di valutare la conformità dell'atto amministrativo alla legge nonché la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla norma, senza sconfinare nella sfera del merito riservata alla pubblica amministrazione e

può interpretare la volontà amministrativa purché il processo volitivo emerga dal contesto dell'atto.

Dinnanzi alla impugnazione per ottenere l'annullamento di un provvedimento amministrativo per eccesso di potere, il giudice può integrare l'attività interpretativa, compiuta dall'amministrazione, individuando la regola in virtù della quale doveva essere espressa la volontà. In tal guisa, nel caso in cui il decidente abbia individuato la norma regolativa del potere e abbia proceduto alla corretta applicazione commettendo un errore meramente formale, il giudice può valutare la volontà sostanziale dell'amministrazione, senza sconfinare in valutazioni di merito, di opportunità e convenienza delle scelte da operare in concreto.

Il contenuto sostanziale dell'atto costituisce l'elemento predominante che viene tenuto in considerazione a fini interpretativi, proprio perché l'interprete deve esaminare le finalità perseguite con l'adozione del provvedimento, attribuendo allo stesso il significato e la natura più attinenti all'interesse pubblico. Da qui l'esigenza di prendere in considerazione la motivazione del provvedimento, per accertare le ragioni giuridiche, tecniche e fattuali sulla base delle quali l'amministrazione è giunta ad una certa decisione precisata nel dispositivo.

Secondo la giurisprudenza ormai consolidata, ai fini interpretativi deve essere privilegiato il criterio del contenuto obiettivo del provvedimento rispetto all'intenzione del decidente e al dato letterale, per cui, nonostante la qualificazione dell'atto attribuita dal soggetto emittente, va considerato il potere in concreto esercitato

4. Note conclusive

Il Tar Veneto, nella decisione oggetto delle presenti note, applicando i criteri ermeneutici sopra rammentati, ha evidenziato che, nella motivazione dell'atto impugnato, si fa riferimento alla carenza di un parere infraprocedimentale, che avrebbe determinato un vizio del procedimento (con conseguente esercizio del potere di annullamento d'ufficio) nonché a ragioni di opportunità e di interessi da tenere in considerazione.

La presenza di valutazioni che potrebbero ricondurre sia all'annullamento d'ufficio che alla revoca, non consente l'applicazione del criterio ermeneutico sopra menzionato, secondo cui andrebbe considerato il potere effettivamente esercitato, indipendentemente dal *nomen iuris* indicato dall'amministrazione^[12].

Tale criterio, infatti, non può essere applicato laddove, nella motivazione dell'atto, sono articolate valutazioni che riguardano sia l'opportunità delle scelte, in raffronto agli interessi in gioco, sia profili concernenti la legittimità del procedimento. In tal caso, mancando degli elementi univoci, che consentano di individuare il potere che l'amministrazione ha in concreto voluto esercitare, il Giudice non può applicare il criterio sostanziale di cui sopra, in quanto travalicherebbe i limiti del potere interpretativo e di sindacato ad esso attribuiti. Il giudice è chiamato a procedere alla qualificazione giuridica del provvedimento^[13], non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo all'effettiva volontà dell'amministrazione ed al potere concretamente esercitato, per cui è necessario "prescindere dal *nomen iuris*" adoperato ai fini dell'inquadramento degli atti "all'interno delle tradizionali categorie"^[14].

Tale orientamento ormai consolidato della giurisprudenza dei Tar e del Consiglio di Stato trova nella sentenza in disamina un profilo di novità in quanto il Collegio ha specificato che il predetto potere di qualificazione giuridica, attribuito al giudice, può applicarsi solo nei casi in cui sussistano degli elementi univoci, idonei a consentire l'individuazione del potere esercitato mentre non può applicarsi laddove sussista una pluralità di elementi riconducibili a differenti fattispecie astratte. Tale precisazione potrebbe costituire un nuovo limite al potere interpretativo del giudice, in controtendenza rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato. Il Collegio condiziona l'attività interpretativa all'individuazione, all'interno dell'atto, di elementi certi dai quali emergano in modo oggettivo la volontà del decidente e il potere effettivamente esercitato, restringendo la capacità interpretativa del giudice. Ne consegue un controllo particolarmente debole, per cui il giudice non potrebbe compiere il sindacato pieno di legittimità mediante la corretta qualificazione dell'azione amministrativa.

[1] Nel tentativo di risolvere la complessa controversia, la società Delta-Scano ha accettato la proposta transattiva diretta ad ottenere lo spostamento parziale della concessione originaria all'interno dei moli foranei dello sbocco a mare del Po di Levante, il cui accoglimento è avvenuto con autorizzazione del 27-03-2008 dell'Ufficio regionale del Genio civile di Rovigo, condizionata al rispetto di alcune "clausole di tutela dell'interesse pubblico della navigazione".

[2] F. Francario, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Edizioni Scientifiche, 2010; F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità* (note a margine dell'art 6 della l. 7 agosto 2015 n.124)", in *Federalismi*, n. 20/2015.

[3] M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939; S. Romano, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico, ora in Scritti minori*, Milano, 1950, I, 90 ss., 96; L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002; C. Marzuoli, *L'interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, II, 1529 ss., M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012; A. Cioffi, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020.

[4] Cass. 22.2.1954, n. 490; Cons. Stato V, 8.3.1993 n. 329; Cons. Stato V., 18.01.2006 n. 113

[5] A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 143

[6] V Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2021, 389.

[7] M.A. Sandulli, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[8] Il principio di legalità, espresso all'art. 1 della legge n. 241/1990, impone l'obbligo di perseguire i fini previsti dalla legge, in modo che l'amministrazione, nell'esercizio del potere, non possa travalicare, i confini fissati dalla norma. Sul principio di legalità e interpretazione v. R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 242 ss. F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000.

[9] A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi*, n. 23/2017.

[10] T. Cocchi, *L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa. Ancora un'ipotesi meramente teorica? Note a margine della sentenza Cass., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842*, in *Foro amm.*, 2, 2020, 169 ss.; F. Patroni Griffi, *Il giudice amministrativo oggi: ruolo, etica, responsabilità*, Relazione introduttiva al Primo congresso nazionale dei Magistrati amministrativi, Palazzo Spada, 7-8 giugno 2019, in www.giustizia-amministrativa.it; ; M. Luciani, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, a cura di F. Francario – M.A. Sandulli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 63; C. Consolo, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato « internet-addicted » e pure « veggente »*, nota a Corte Cass.sez. Un., 11 luglio 2011 n. 15144, in *Giur. Cost.* n.4/2012 n. 3166; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, IV, 1677 ss.

[11] Cass. Civ., sez. un., 03/03/2020, n.5905.

[12] TAR Puglia, Lecce, I, n. 533/2017; TAR Puglia, Lecce, I, n. 214/2017; TAR Sicilia, Catania, IV, n. 40/2017; TAR Calabria, I, n. 514/2017.

[13] T.A.R. Palermo, (Sicilia) sez. I, 29/06/2020, (ud. 18/06/2020, dep. 29/06/2020), n.1310; T.A.R. Torino, sez. II, 12/11/2019, n. 1146, T.A.R. Genova, sez. II, 05/11/2015, n. 881, T.A.R. Catanzaro, sez. II, 22/08/2016, n. 1638

[14] Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316; Consiglio di Stato sez. IV, 05/06/2020, n.3552 secondo cui “ai fini della di una corretta qualificazione della sua natura, l'atto amministrativo va interpretato non solo in base al tenore letterale, ma soprattutto in base al suo specifico contenuto e risalendo al potere concretamente esercitato dall'amministrazione, prescindendo dal *nomen iuris* che gli è stato assegnato; in assenza di specifiche disposizioni, gli atti amministrativi vanno infatti interpretati secondo le regole fissate dal codice civile per l'interpretazione del contratto, sia pure adeguandole alla natura dell'atto medesimo, espressione di un potere pubblico; in particolare, ove il dato letterale non conduca ad una interpretazione univoca, sarà possibile valutare il contenuto complessivo dell'atto, applicando in via analogica i criteri interpretativi di cui agli artt. 1362 e ss. del codice civile”; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2019, n. 6378; Consiglio di Stato sez. II, 30/09/2019, n.6534; Consiglio di Stato sez. III, 24/07/2018, n.4522.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1710 – 4 maggio 2021

Paesaggio, ambiente e transizione ecologica

di Paolo Carpentieri, Consigliere di Stato

Sommario: 1. Premessa. 2. Le ragioni profonde (culturali e giuridico-ordinamentali) della distinzione tra “ambiente” e “paesaggio”. 3. Le radici storiche della nozione giuridica di “paesaggio”. 4. Le radici storiche della nozione giuridica di “ambiente”. 5. I punti essenziali della distinzione. 6. Tracce nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia dell’Unione europea. 7. Unificazione o differenziazione delle competenze. 8. Decarbonizzazione e paesaggio. 9. Conclusioni.

Abstract

Sulla premessa della ancora valida – ma non da tutti condivisa – distinzione giuridica tra “ambiente” e “paesaggio”, lo scritto si domanda se l’idea della “transizione ecologica” (oggi inverteasi nella trasformazione del Ministero dell’ambiente, già “dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare”, in, per l’appunto, “Ministero della transizione ecologica”) non rischi di “fagocitare”, nell’inseguimento di chimerici obiettivi su scala “globale” di lotta ai gas climalteranti, la funzione (naturalmente “locale”) di tutela del paesaggio, presa nella trappola logica del “pensare globale – agire locale” (lo slogan degli ambientalisti industriali), in forza della quale si sacrifica quì ora, concretamente e attualmente, la bellezza dei paesaggi italiani, in nome di una speranza di riduzione su scala globale - eventuale, indiretta, futura e incerta - dei gas ad effetto serra, e dietro la quale agiscono in realtà molto concreti e potenti interessi economici locali delle imprese del settore (finanziati con lauti incentivi statali, a carico della finanza pubblica e delle bollette dei consumatori).

La conclusione è che – ferma restando l’urgenza della lotta al mutamento climatico, la condivisibilità dell’idea dell’economia circolare^[1], etc. – sarebbe auspicabile evitare che questa transizione ecologica finisca per tradursi in un ulteriore pregiudizio per la qualità dei paesaggi italiani e in un ulteriore depauperamento delle risorse ecosistemiche (e non solo alimentari) dell’agricoltura.

1. Premessa.

Il *Green Deal* europeo e l'avvio della transizione ecologica, sotto la spinta soprattutto del diritto dell'Unione europea, con la creazione, nel nostro Paese, del nuovo Ministero della transizione ecologica, chiamato a svolgere un ruolo cardine nel piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), riattualizza la distinzione tra “ambiente” e “paesaggio” e, lungi dal ricucire e ricomporre, allarga il contrasto che oggettivamente divide questo due campi di materia, che esprimono visioni delle cose molto diverse, anche se a tratti complementari.

Vale la pena, dunque, tornare con alcune brevi annotazioni su questo tema, per indagare le ragioni profonde di questa distinzione e per derivarne alcune considerazioni di più attuale interesse.

2. Le ragioni profonde (culturali e giuridico-ordinamentali) della distinzione tra “ambiente” e “paesaggio”.

L'autonomia della nozione giuridica di “paesaggio” rispetto a quella di “ambiente”, dopo la Convenzione europea del paesaggio di Firenze del 2000 e dopo il codice di settore del 2004, non richiede (forse) di essere riaffermata, né qui illustrata^[2].

Tale autonomia, se può dirsi sostanzialmente acquisita sul piano dogmatico-ricostruttivo, non è tuttavia condivisa e unanimemente accettata sul piano delle conseguenze ordinamentali del quadro distributivo delle competenze.

Essa, inoltre, non è compresa (e viene spesso criticata) dalle professioni non giuridiche che si occupano di territorio, di urbanistica, di paesaggio, che oppongono alle distinzioni giuridiche la comprensione olistica del territorio nelle sue varie componenti e nei suoi diversi aspetti e interessi, che (a loro dire) non possono essere compresi e gestiti se non in modo unitario.

Senonché è proprio del diritto e della logica giuridica distinguere e separare (*de-cidere*). Nel diritto il concetto segue il regime giuridico, mentre nelle altre scienze sociali il concetto è frutto della sintesi, che segue l'analisi. In tanto si può introdurre un concetto autonomo, nel diritto, in quanto vi sia un regime giuridico unitario ed omogeneo che ne giustifichi la posizione. Nelle altre scienze sociali che si occupano di paesaggio, invece, è la pluralità dei dati dell'esperienza che conduce a formare, nella sintesi, un concetto, che dunque deriva dalla considerazione unitaria delle interrelazioni tra i diversi approcci e punti di vista. Nel diritto è il bisogno di tutela e sono i modi per il suo soddisfacimento che definiscono gli istituti giuridici. E, per il paesaggio, il bisogno di tutela e i modi per il suo soddisfacimento sono in tutto e per tutto omologhi a quelli che caratterizzano il regime di tutela dei beni culturali.

Non ci si deve meravigliare più di tanto, dunque, del dissidio strisciante tra la visione giuridica del paesaggio e quella degli architetti pianificatori e degli urbanisti. I tecnici vedono le interrelazioni e le connessioni. I giuristi vedono i diversi valori-beni-interessi in conflitto e devono fornire strumenti di decisione per stabilire un criterio di prevalenza (nessun valore è

neutro; i valori valgono solo se prevalgono[3]; non ci sono pasti gratis in questo conflitto[4]. Per gli architetti pianificatori e gli urbanisti il territorio è uno e una deve essere la sua disciplina e l'autorità chiamata a farla applicare[5]. Per i giuristi il territorio è sede di una molteplicità di interessi (di usi alternativi) in conflitto tra loro e la sintesi – che pure deve essere trovata – non è sempre facile da definire. La nota tesi delle “*tutele parallele degli interessi differenziati*”[6] resta valida, anche se va corretta nella formula delle “*tutele convergenti degli interessi differenziati*”.

Se la nozione lata e onnicomprensiva di “ambiente” (da *amb* – *ire*, andare intorno; ciò che ci sta intorno, che ci circonda) può andar bene per le scienze della natura, nella sua eccessiva ampiezza di denotazione essa si rivela inutile per il giurista, che da sempre ne ha cercato utili specificazioni e distinzioni, sin dal fondamentale contributo di Massimo Severo Giannini del 1973, «*Ambiente*»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*[7].

Si osserva in senso contrario che grazie a un'inedita convergenza di scienze umane e scienze naturali che si va delineando in questi ultimi anni, la parola chiave sarebbe, oggi, “interconnessione”. “*Antropologi e biologi, genetisti e filosofi riconoscono nel disegno della natura e in quello della storia una potente tendenza all'interconnessione (interconnectedness è la parola-chiave, che - è vero - è diventata di moda, ma con ottime ragioni dato quel che esprime)*”[8]. Si ricorda l'idea goethiana della cultura come “*seconda natura*”[9], per cui “*dobbiamo partire dalla cultura, intesa non come somma di inclusioni – ambiente, paesaggio, patrimonio, salute – ma come interconnessione fra questi diversi aspetti*”[10]. Si aggiunge che “*Ormai salute, economia e cultura scientifico-umanistica sono un tutt'uno sistematico*” e che “*La verità è nell'holon, che in greco significa «tutto», ovvero sia l'ambiente*”[11]. Le Encicliche di Papa Francesco, ad esempio, parlano di una ecologia integrale. Tutto vero, niente da obiettare. C'è però il rischio di cadere in tal modo nell'indiscernibile, nell'uno/tutto (“*l'uno non è*”[12]), ciò che rischia di portare – specialmente quando si tratta di individuare il regime giuridico applicabile – alla confusione, alla notte hegeliana in cui tutte le vacche sono nere[13], a un unico regime giuridico indifferenziato per tutte le cose, ciò che è la negazione dell'utilità dei concetti e degli istituti giuridici.

Si sostiene, da parte di autorevoli Autori, che la separazione delle competenze, soprattutto a livello statale, legata alla distinzione tra “ambiente” e “paesaggio” (ma anche e soprattutto con riguardo alla materia dell'urbanistica – governo del territorio), sia la causa prima e più grave del fallimento della tutela e della complicazione burocratica che caratterizza negativamente lo svolgimento di tali funzioni[14]. Da più parti si auspica pertanto l'unificazione delle competenze (e, si badi, sia da parte di chi sinceramente si erge a paladino della tutela e ne persegue e rivendica il potenziamento e il miglioramento, sia da parte di chi mira a depotenziare il ruolo della tutela nell'ottica della semplificazione e della sburocratizzazione, spesso intesa come abolizione dei controlli ambientali).

Occorre tuttavia ricordare che la sintesi e la riconduzione sotto un unico centro decisionale di ambiente e di paesaggio è una sintesi che non si fa a somma zero, ma che comporta necessariamente il ridimensionamento o il sacrificio degli uni aspetti rispetto agli altri (o viceversa). Resto pertanto convinto, contro l'opinione dominante, che sia preferibile il modello della differenziazione e del contraddittorio tra gli interessi pubblici in conflitto, per evitare che alcuni di questi interessi (i più deboli politicamente) siano fagocitati da quelli più forti (quelli più vicini alla tecnica e agli interessi industriali della crescita e dello sviluppo). Chi indica nella divisione delle competenze (anche con riguardo alla materia dell'urbanistica-governo del territorio) una delle cause dell'inefficacia dell'azione di tutela e (da un diverso

punto di vista) della complicazione burocratica, ed auspica, pertanto, la creazione di un unico centro decisionale, non si avvede che in tal modo l'ambientalismo industriale della transizione ecologica sopraffà e annulla la tutela paesaggistica, che ad essa obiettivamente si contrappone, poiché i pannelli fotovoltaici nelle campagne, le pale eoliche, le dighe del micro-elettrico, gli impianti a biomasse, raramente vanno d'accordo con la tutela del paesaggio.

D'altra parte la distinzione – culturale e storica, per certi aspetti, come vedremo, anche epistemologica – che separa “ambiente” e “paesaggio” è testimoniata dallo stesso dibattito sull'esigenza (da taluni avvertita, da altri avversata) di aggiungere la tutela dell'ambiente nell'art. 9 della Costituzione, a fianco alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione^[15].

3. Le radici storiche della nozione giuridica di “paesaggio”.

È dunque utile (forse) spendere ancora qualche parola sul tema della distinzione tra “paesaggio” e “ambiente”, che non è affatto scontata e, come si è visto, mostra profili problematici.

Vorrei in particolare evidenziare che questa distinzione, come ho sostenuto in un mio recente contributo^[16], affonda le sue radici (per così dire) nel *jus*, ossia in una risalente e ricca tradizione, culturale prima ancora che giuridica, sostanzialmente diversa rispetto a quella da cui è germogliata (più di recente) l'idea della tutela ambientale (e la nozione giuridica di “ambiente”), sicché, anche al di là della *lex scripta* (oggi nel codice del 2004 e nella Convenzione di Firenze del 2000), l'autonomia della nozione giuridica di “paesaggio” e la sua distinzione da quella di “ambiente” riceve una sua speciale legittimazione “forte” proprio nella diversità e specialità dell'*humus* storico-culturale da cui si è generata l'una, rispetto all'altra.

Insomma, si tratta a ben vedere di due linee di pensiero e di due tradizioni culturali marcatamente differenti tra loro. Ed è proprio in questa diversità genetica che vanno ricercate le cause dell'attuale assetto giuridico, complicato, forse, più che complesso, della materia, così come le ragioni profonde dei ricorrenti e irrisolti conflitti.

La tutela del paesaggio nasce, in sostanza, da un movimento di idee più antico rispetto a quello, più recente, che sta alla base della tutela dell'ambiente-ecosfera e dell'odierno diritto dell'ambiente. Il paesaggio nasce e vive – pressoché esclusivamente – nell'ambito delle scienze umane e mantiene (nonostante il materialismo storicistico e l'antropo-sociologismo imperanti nella seconda metà del Novecento) un nucleo essenziale estetico^[17]. L'ambiente, invece, nasce e vive pressoché esclusivamente nell'ambito delle scienze esatte e della tecnica. Il *paesaggio* esprime un profilo qualitativo, mentre l'*ambiente* esprime un punto di vista soprattutto quantitativo. Naturalmente queste affermazioni costituiscono delle generalizzazioni affrettate, qui consapevolmente proposte solo per sintesi e per chiarezza espositiva, poiché le cose sono in realtà molto più complicate e le distinzioni non sono mai così nette e marcate. Così come è vero, alla stessa stregua, che la dicotomia “scienze umane “comprendenti” vs. scienze esatte”, pur essendo superata in ambito epistemologico, rimane tuttora valida euristicamente in ambito giuridico^[18] e non è scalfita dalla nota e ricorrente considerazione che la quasi totalità del paesaggio italiano è paesaggio antropico e che la

distinzione tra natura e cultura va relativizzata e rivista (poiché, come già osservato, la cultura in Italia è in realtà una “*seconda natura*” e l’uomo, da quando Prometeo gli ha regalato il fuoco, non ha fatto altro che addomesticare la natura rendendola un ambiente artificiale adatto a sopperire alle sue carenze innate[19], secondo il mito raccontato nel Protagora di Platone)[20].

Per evidenziare questa radice “culturale” della nozione di paesaggio è ricorrente il richiamo – quasi ormai un luogo comune nelle trattazioni della materia – della lettera del Petrarca del 1336 sull’ascesa al Monte Ventoso, che costituirebbe una delle prime attestazioni di una nozione autonoma di “paesaggio”. Altrettanto comune è in tal senso il richiamo degli affreschi del Palazzo Pubblico di Siena (quello di Guidoriccio da Fogliano, attribuito a Simone Martini, e quelli dell’Allegoria del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti)[21].

In realtà l’idea di “paesaggio” affonda le sue radici nel *topos*, nell’archetipo junghiano del giardino dell’Eden, comune a molte cosmogonie e religioni nel mondo, quale luogo mitico di un’origine di equilibrio e di purezza e nel contempo fine ultimo cui tendono le speranze dell’uomo di redenzione e di raggiungimento di un orizzonte escatologico di pace e di riequilibrio, dopo l’alienazione terrena. Un archetipo, si deve notare, che reca in sé un’impronta estetica, insita naturalmente nell’immaginazione mitica e nella contemplazione religiosa. “*Il Signore Dio prese l’uomo e lo pose nel giardino di Eden, perché lo coltivasse e lo custodisse*”, recita la Bibbia[22]. Ma è un’immagine comune alla più antica mitologia delle civiltà mesopotamiche e a molte religioni orientali[23]. Analoga è l’immagine dei campi elisi della cultura greca, come analogo è l’atteggiamento spirituale sotteso al culto, diffusissimo in tutta l’antichità greca e romana, dei boschi sacri a ninfe o altre divinità, un’idea, un modo di essere dello spirito che ha ricevuto successive elaborazioni poetiche e che si può compendiare sotto il nome riassuntivo del mito dell’Arcadia, che ritroviamo in Esiodo, poi in Virgilio, in Ovidio e in tanti altri poeti dell’antichità e, risalendo nei secoli, fino al suo ritorno rinascimentale[24], nel romanticismo, nello spirito dei viaggiatori del *Grand Tour* e nelle scuole dei paesaggisti dell’800 (dalla maniera del paesaggio ideale e del “ruinismo” di Claude Lorrain e Nicolas Poussin alla scuola di Barbizon in Francia, da Caspar David Friedrich a Carl Blechen in Germania, da Constable e Turner e dai Preraffaelliti in Inghilterra ai macchiaioli e divisionisti in Italia[25]), fino – guardando alla storia recente italiana - al Bel Paese dell’abate Stoppani, al Touring Club Italia e al CAI[26], o all’iniziativa dei “luoghi del cuore” del FAI (che esprime, in fondo, un’idea estetico-soggettiva di godimento di luoghi capaci di evocare sentimenti, ricordi, sensazioni piacevoli, legata all’elaborazione culturale e alla conoscenza).

Sullo stesso piano di una fruizione estetico-intellettuale si colloca anche un altro filone spirituale che alimenta l’idea di paesaggio, quello della nostalgia per la *wilderness*, che pure ha rivestito un rilievo di primo piano nello sviluppo dell’idea della tutela paesaggistica[27], in contrappunto all’ideale del giardino governato e conchiuso, un piccolo eden in cui l’uomo può ritrovare la serenità e astrarsi dai traffici vacui del mondo[28].

Il sentimento estetico è dunque essenziale nella nozione di “paesaggio” ed è stato un errore quello dello storicismo materialistico degli ultimi settanta anni, che ha voluto imporre una visione “oggettivante” socio-antropologia del paesaggio e ha preteso di “depurare” la nozione di “paesaggio” dall’elemento estetico, pur così essenziale, tacciato di vieto “idealismo crociano”[29], che pure aveva caratterizzato l’approccio all’ambiente fino a tutta la prima metà del Novecento. Un punto di vista, questo, forse ingiustamente e troppo frettolosamente accantonato nel secondo dopoguerra con l’affermarsi dell’egemonia del punto di vista

storico-sociale, di impronta marxiana, che ha condotto anche, parallelamente, all'evoluzione della nozione di “*bene culturale*”, da “*cosa d'arte*” alla antropologica “*testimonianza avente valore di civiltà*”[30].

Insisto dunque nella mia critica alla Convenzione di Firenze del 2000, che nega questo dato essenziale e assume una visione socio-antropologica di “paesaggio” per cui tutto il territorio è paesaggio, ossia, come già detto, nulla è paesaggio. Certamente, come ci spiega molto bene sempre Edgar Morin[31], l'*estetica generalizzata* odierna mescola insieme il bello e il brutto, per cui anche la periferia degradata, a modo suo, ha un pregio estetico (del resto la *street art* è posta oggi, un po' assurdamente, al vertice dell'interesse e del canone artistico contemporaneo). Ma una cosa è la democratizzazione del canone estetico e la sua evoluzione, contro ogni pretesa elitaria, ad abbracciare punti di vista più ampi e meglio diversificati, altra e diversa cosa è il rifiuto del punto di vista estetico, che resta invece essenziale e ineliminabile nella nozione di “paesaggio”, anche del paesaggio “identitario” delle periferie degradate e compromesse (che esprimono e rappresentano, a loro modo, una nuova e diversa potenzialità estetica)[32]. Va bene, dunque, il così detto “paesaggio identitario”[33], ma non dobbiamo dimenticare, né sottovalutare il nucleo estetico della nozione.

Questo naturalmente non significa un impossibile ritorno al 1922 o al 1939. L'apporto – fondamentale – dell'antropologia e dello storicismo, con i concetti di “*beni culturali-ambientali*” della Commissione Franceschini del 1966 e di paesaggio “*integrale*” come *forma del territorio* di Alberto Predieri[34] del 1969, restano irrinunciabili e costituiscono un necessario completamento e arricchimento della comprensione della nozione polisemica di “paesaggio”. Per non dire della già più volte richiamata Convenzione europea di Firenze del 2000. Ma – questo è il punto che vorrei sottolineare – questo arricchimento non deve andare a discapito del nucleo essenziale estetico, in senso gnoseologico, del “paesaggio”, altrimenti si rischia di perdere il nocciolo duro della nozione, il suo cuore pulsante, e si apre a inevitabili confusioni (verso l'urbanistica-governo del territorio o la nozione onnicomprensiva di “ambiente”, per l'appunto).

Tornando alla nostra veloce carrellata sullo sviluppo dell'idea di “paesaggio”, dando uno sguardo alla storia del pensiero, vale la pena di ricordare che nell'Enciclopedia di Diderot e D'Alembert il paesaggio, nella voce redatta da Louis Chevalier de Jaucourt, era presentato come un “*genere di pittura che rappresenta le campagne e gli oggetti che vi s'incontrano*”[35], mentre per Alexander von Humboldt il paesaggio è l'impressione complessiva di un luogo[36].

Anche guardando ai principali paesi esteri, in particolare all'esperienza tedesca, francese, anglosassone e nordamericana, è possibile ricostruire una linea unitaria che, già a partire dal '700 e, soprattutto, dall'800, lega la prima sensibilità “ambientale” a un'idea *lato sensu* “romantica”, a tratti anti-modernista e di critica al macchinismo industriale, incentrata dunque su un'idea di “ritorno alla natura”, di nostalgia per la *wilderness* e di ricerca del sublime, su un'ideale di conservazione del volto amato della Patria e di tutela della casa (*oikos*[37]), una sensibilità nella quale la componente estetica della bellezza svolge un ruolo spesso centrale[38].

Si pensi a Goethe, a Humboldt e a Burckhardt in Germania, dove si è sviluppata l'idea dei *Denkmaler der Natur, der Kunst, der Geschiste*, che pone i monumenti della natura sullo stesso piano di quelli della cultura e della storia (idea poi recepita nell'art. 150 della Costituzione di Weimar); si pensi, sempre con riguardo alla Germania, al movimento giovanile

dei *Wandervogel*, a Ernst Rudorff, che coniò il concetto di *Heimatschutz*, come tutela del paesaggio tedesco[39]. Si pensi, guardando alla Francia, a Victor Hugo[40], alla nostalgia per la natura incontaminata nel Rousseau dell'*Emilio* e delle *Fantasticherie di un passeggiatore solitario*[41], ad Antoine Quatremère de Quincy[42], alla filosofia contadina di Gustave Thibon. Si pensi, guardando all'Inghilterra, a Edmund Burke, a John Evelyn, a Gilbert White (fondatore della *Selborne Society* nel 1885), ai movimenti che condussero alla fondazione nel 1907 del *National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty* e della *Campaign to Protect Rural England* del 1926. Si pensi, infine, guardando agli Stati Uniti, a Henry David Thoreau, a John Ruskin, John Muir, John Burroughs e George P. Marsh, a Ralph Waldo Emerson e Theodore Roosevelt[43].

Guardando al profilo giuridico, questa vera e propria “*Repubblica europea dello Spirito*”[44] espresse un comune sentire che produsse frutti anche sul piano legislativo, come bene ricordato dal Pres. Severini nei contributi citati[45].

Anche l'emersione di un “bisogno” di tutela, nella storia più recente, che data alla fine dell'800 e ai primi del '900, appare legato, non solo in Italia, soprattutto a una percezione estetica delle bellezze paesaggistiche, a partire dal momento in cui presero a esser frequentate e amate da una cerchia sempre più ampia di persone, grazie alle prime forme di turismo “di massa” (o, forse, non più solo elitario)[46].

Non è dunque un caso se, sin dalle prime leggi dell'Italia unita sul patrimonio culturale dei primi del Novecento, le misure di tutela dei beni culturali e dei beni paesaggistici si siano conformate entro il medesimo stampo logico-giuridico (che noi oggi chiamiamo della “*eccezione del patrimonio culturale*”, e che può variamente declinarsi in termini di limiti al diritto di proprietà, di dominio eminente pubblico giustapposto a quello utile privato, oppure, più di recente, nella logica dei così detti “beni comuni”). Le une e le altre misure rispondono, infatti, a un medesimo bisogno di tutela e presentano modalità analoghe di soddisfacimento di tale bisogno. E non è un caso che l'art. 9 della Costituzione parla di tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione (e non parla di “ambiente”).

La logica di fondo degli strumenti di tutela a tal fine forgiati è la stessa: rispondere a un bisogno di conservazione di un patrimonio estetico-identitario minacciato di dispersione e di distruzione. È la logica della legge Rava del 1905 sulla tutela della pineta di Ravenna e già il Presidente della Cassazione Mariano D'Amelio[47] aveva chiarito, in un contributo del 1912, come la legge Rosadi del 1909, benché “monca” delle disposizioni sul paesaggio (proposte, ma non approvate per l'opposizione del Senato), fosse in realtà senz'altro applicabile anche al “paesaggio storico” italiano, e ciò proprio in forza della stretta commistione, sul territorio, tra monumenti culturali e naturali, tra cose di interesse storico, artistico e architettonico e cose di interesse paesaggistico[48]. È significativo, d'altra parte che la legge “Croce” 11 giugno 1922, n. 778 fosse intitolata “*per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico*” e avesse ad oggetto non solo “*le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale*” e le “*bellezze panoramiche*”, ma anche le cose immobili meritevoli di tutela per la “*loro particolare relazione con la storia civile e letteraria*”.

4. Le radici storiche della nozione giuridica di “ambiente”.

Affatto diversa pare essere invece la genesi del concetto giuridico di ambiente e della tutela ambientale.

Il punto di partenza dell'attuale diritto dell'ambiente-ecologia si può forse rinvenire nel famoso rapporto sui limiti dello sviluppo redatto dal Club di Roma (fondato nell'aprile del 1968 dall'imprenditore italiano Aurelio Peccei e dallo scienziato scozzese Alexander King, insieme a premi Nobel, leader politici e intellettuali). Il rapporto, elaborato sulla base della prima riunione, svoltasi a Roma, presso la sede dell'Accademia dei Lincei, venne commissionato al MIT dal Club di Roma e fu pubblicato nel 1972, a cura di Donella Meadows.

Si inaugura in tal modo una linea di pensiero che mostra un approccio soprattutto quantitativo-matematico alle tematiche ambientali, incentrato sul calcolo dei limiti alla crescita (il rapporto era basato sulla simulazione al computer per predire le conseguenze della continua crescita della popolazione sull'ecosistema terrestre e sulla stessa sopravvivenza della specie umana)[49].

Ma già nel 1961 era stato fondato il WWF (*World Wildlife Fund*, Fondo mondiale per la vita selvatica), con la finalità di “*bloccare la degradazione dell'ambiente naturale del pianeta e di costruire un futuro in cui l'uomo vivrà in armonia con la natura*”, preservando la biodiversità, favorendo la sostenibilità dell'utilizzo delle risorse naturali, promuovendo misure dirette alla riduzione dell'inquinamento e degli sprechi di risorse.

E già il libro del 1962 *Silent Spring*, di Rachel Carson, comunemente ritenuto una sorta di manifesto antesignano del movimento ambientalista, presentava un approccio che avrebbe voluto essere scientifico e che si concentrava sull'esame degli effetti nocivi degli inquinanti (basandosi su ricerche e analisi scientifiche relative ai danni provocati dal DDT e dai fitofarmaci)[50].

Nel 1971 inizia le sue pubblicazioni la rivista *Ecologia* fondata e diretta da Virginio Bettini[51]. Nel 1972 venne organizzata a Stoccolma la prima conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente, su iniziativa di Olof Palme, in dialogo con Barry Commoner[52] e un gruppo di scienziati ed ecologisti. È del 1973 la *Prima relazione sulla situazione ambientale del Paese*, promossa dall'Eni e prodotta dalla società Tecneco[53]. Nel 1979 viene fondata la Lega per l'Ambiente dell'ARCI, che farà proprio lo slogan “*pensare globale, agire locale*”[54]. Al 1987 risale la presentazione del rapporto Brundtland[55], che introdusse il concetto di “*sviluppo sostenibile*”, che è divenuto l'architrave del pensiero ambientalista scientifico (concetto non a caso non particolarmente apprezzato dai paesaggisti, che hanno sempre nutrito una profonda diffidenza verso questo termine, profondamente ambiguo, forse un ossimoro, una contraddizione in termini[56]). L'impostazione culturale dell'IPPC (*International Panel on Climate Change*, Gruppo intergovernativo sul cambiamento climatico, emanazione dell'ONU) è marcatamente scientifica[57]. Anche un non recente contributo italiano degli anni '70 del secolo scorso (A. Todisco, *Breviario di ecologia*, Milano, 1974), si segnala per aver posto (forse per la prima volta in Italia) il tema del bilancio ambientale.

Ma, ben vedere, già l'origine della parola “ecologia” è legata a un contesto squisitamente scientifico. Ernst Haeckel (al quale pare si debba l'introduzione del termine “ecologia” nel 1866), era infatti un importante biologo e scienziato prussiano, che coniò il termine

“ecologia” per significare lo studio scientifico della natura in quanto *oikos*, casa, ambiente degli uomini[58].

Insomma, “*La tutela dell’ambiente può essere gestita dagli scienziati che, rilevando e interpretando i risultati delle analisi, individuano le misure da adottare per eliminare le disfunzioni. Esistono degli incaricati di misurare i parametri ambientali dell’acqua, del suolo, dell’aria, nonché di elaborare strategie per mantenersi all’interno di essi. Il territorio è ripartito tra questi enti per l’acqua e il terreno che sono monitorati da scienziati specializzati. Dunque la tutela dell’ambiente è l’obiettivo delle moderne scienze ingegneristiche e naturali*”[59].

L’idea scienziata e globalista si è poi vieppiù affermata e rafforzata in ambito ambientalista sull’abbrivio della nota teoria di Gaia, il pianeta vivente, attribuita a James Lovelock[60], ma presente già da molto tempo in illustri Autori meno recenti[61].

Anche questa, va sottolineato, è una differenza profonda di approccio, che contribuisce a spiegare molti dei conflitti tra ambiente e paesaggio: l’ambiente pensa globale e agisce locale; il paesaggio pensa locale e agisce localmente, legato alla dimensione territoriale.

La politica europea in materia ambientale nasce su questo tronco culturale e ne costituisce una prima sintesi ed elaborazione giuridica[62]. È nota la centralità della spinta del diritto comunitario per lo sviluppo del diritto dell’ambiente e non è certo questa la sede per una sua trattazione. Si parla in proposito di una “*progressiva evoluzione di un vero e proprio “diritto costituzionale europeo dell’ambiente*”[63]. Ma non deve dimenticarsi, né sottovalutarsi l’*imprinting* mercatista del diritto ambientale europeo, nato come standardizzazione dei costi ambientali internalizzati nella produzione (“chi inquina paga”) per scopi di garanzia della concorrenza e del buon funzionamento del mercato comune[64]. Oggi il principio generale contenuto nell’art. 11 del TFUE (ex articolo 6 del TCE, per cui “*Le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*”) è significativamente confermato dall’art. 37 della Carta dei diritti fondamentali, collocato nel Capo IV, sulla *Solidarietà*.

Più in generale, nel diritto internazionale la progressiva genesi e formazione del concetto – oggi oramai onnipresente, quasi “infestante” nella sua incontrollata diffusività – di “sviluppo sostenibile”, come è stato acutamente osservato[65], è stata fondata sui tre pilastri, ambientale, sociale ed economico, lasciando fuori ogni riferimento alla cultura (e, dunque, alla nozione di paesaggio, se e in quanto non ridotta a un sottoinsieme dell’ambiente).

L’approccio soprattutto quantitativo-scientifico del diritto dell’ambiente è rivelato dalla (e racchiuso nella) nozione di *inquinamento*, centrale nella legislazione di tutela ambientale, oggi contenuta nella lettera *i-ter*) dell’art. 5 del così detto “codice ambiente” (d.lgs. n. 152 del 2006), dove è così definita: “*l’introduzione diretta o indiretta, a seguito di attività umana, di sostanze, vibrazioni, calore o rumore o più in generale di agenti fisici o chimici, nell’aria, nell’acqua o nel suolo, che potrebbero nuocere alla salute umana o alla qualità dell’ambiente, causare il deterioramento dei beni materiali, oppure danni o perturbazioni a valori ricreativi dell’ambiente o ad altri suoi legittimi usi*”.

La legge n. 349 del 1986, istitutiva del Ministero dell’ambiente, costituisce l’approdo istituzionale di questo percorso.

5. I punti essenziali della distinzione.

La sopra sunteggiata evoluzione di distinte elaborazioni culturali ci rafforza nella conclusione che il paesaggio è percezione, è elaborazione culturale che l'uomo fa dell'ambiente che lo circonda, e non è mai puro e semplice sostrato fisico-chimico-biologico[66]. L'esaminato retroterra filosofico culturale ci porta a dire che il paesaggio è qualcosa che attiene, per così dire, alla *res cogitans*, più che alla *res extensa*, alla semiosfera, più che alla ecosfera, riguardando la comprensione identitaria del contesto, più che la tutela delle matrici ambientali. Il paesaggio si collocherebbe (volendo operare un richiamo alla nota teoria dei tre mondi di Popper[67]), nel "mondo 3" (il mondo dei contenuti oggettivi di pensiero), piuttosto che nel "mondo 1" (il mondo degli oggetti e degli stati fisici). Il senso più profondo della distinzione "paesaggio-ambiente" può essere esplicitato nella differenza di prospettiva tra i punti di vista della prima e della terza persona, per cui l'ambiente costituisce la prospettiva della terza persona - le cose, il mondo fisico che descriviamo in modo oggettivo - mentre il paesaggio rappresenta la prospettiva della prima persona - il significato del territorio per come lo percepiamo in modo soggettivo[68]. Il paesaggio è il significato che io-noi percepiamo nel territorio, per le sue caratteristiche significanti (come bene evidenziato nella stessa definizione data dall'art. 131 del codice di settore). La nozione giuridica di paesaggio nasce, dunque, non (solo) per un atto positivo d'autorità normativa (*lex*), ma come prodotto della confluenza e della sintesi di diverse tradizioni e nozioni metagiuridiche sul tema e vanta pertanto profonde radici epistemiche e logiche, oltre che storiche (*ius*).

Esiste, dunque, alla base della distinzione tra paesaggio e ambiente, una diversità sostanziale di orientamento di pensiero: un punto di vista soggettivo (proprio delle scienze dello spirito), e qualitativo, dal lato del paesaggio; un punto di vista oggettivo e quantitativo (proprio delle scienze esatte e della tecnica) dal lato dell'ambiente-ecologia. C'è anche una componente antilluministica e antiscientista nella genesi culturale del concetto di paesaggio[69], che si contrappone al modello illuministico-tecnologico che condurrà poi all'ambientalismo industriale.

Ciò nondimeno – ed è, questo, il retroterra culturale della Convenzione europea del paesaggio del 2000 – la comprensione del paesaggio deve mettere insieme tutti i diversi saperi e punti di vista che concorrono alla sintesi dell'azione di fattori naturali, umani e delle loro interrelazioni che, come recita l'art. 131 del codice di settore (riprendendo la formulazione della Convenzione europea del 2000), contribuiscono a dare la nozione complessa e plurivoca di "paesaggio"[70].

6. Tracce nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia dell'Unione europea.

È noto che nell'ultimo scorcio del secolo scorso la Corte costituzionale (dopo avere forgiato, nei decenni precedenti, il concetto della *primarietà del valore estetico-culturale*, ex art. 9 Cost., come limite alle competenze regionali in materia urbanistica[71]) ha introdotto (nonostante le avvertenze di autorevole Dottrina circa i diversi aspetti giuridici della nozione di ambiente[72]) una nozione unitaria di "ambiente", comprensiva anche del paesaggio, con l'idea dell'*endiadi unitaria*, per cui "la tutela del bene culturale è nel testo costituzionale contemplata insieme a quella del paesaggio e dell'ambiente come espressione di principio fondamentale unitario dell'ambito

territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo (sentenza n. 85 del 1998) e tali forme di tutela costituiscono una endiadi unitaria"[73]. In altre pronunce coeve[74] la Consulta ha poi proposto una nozione di paesaggio più ampia, comprensiva di "ogni elemento naturale ed umano attinente alla forma esteriore del territorio", fino all'affermazione[75] che la tutela del paesaggio va intesa nel senso lato della tutela ecologica e si identifica con la conservazione dell'ambiente. Parimenti orientata nella direzione di una sostanziale unitarietà delle nozioni di ambiente e di paesaggio è l'ulteriore giurisprudenza costituzionale[76] sulla tutela del paesaggio *improntata a globalità e integralità*.

La Corte costituzionale, dunque, se, da un lato, nel dirimere i conflitti di competenza tra lo Stato e le Regioni, ha introdotto riflessioni e concetti utili alla distinzione (sentenze n. 359 del 1985, n. 151 del 1986, n. 183 del 1987, n. 417 del 1995, n. 262 del 23 luglio 1997), dall'altro lato ha sempre posto l'accento sulla necessaria unitarietà e sintesi di visione (con la sentenza n. 478 del 26 novembre 2002, richiamando le precedenti sentenze n. 85 del 1998 e n. 378 del 2000). Più di recente, a partire dalla sentenza n. 367 del 2007[77], la Corte ha meglio distinto i diversi campi di materia («*Sul territorio gravano più interessi pubblici: quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato, e quelli concernenti il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali (fruizione del territorio), che sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni. La tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali*»). In plurime sentenze ha altresì qualificato in termini di norme di grande riforma economico-sociale le previsioni del codice in tema di aree vincolate *ex lege* (art. 142), di co-pianificazione paesaggistica (art. 143), di preminenza gerarchica del piano paesaggistico (art. 145) e di autorizzazione paesaggistica (art. 146).

Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di recente di ammettere la distinzione giuridica tra ambiente – materia nella quale l'Unione ha una sua propria competenza – e paesaggio – materia nella quale, invece, l'Unione è priva di una sua competenza. Con la sentenza della Sez. decima, 6 marzo 2014, nella causa C-206/13, nel dichiararsi "incompetente", perché non attinente con il diritto dell'Unione, sulla questione del possibile conflitto dell'art. 167, comma 4, lett. a), del decreto legislativo n. 42 del 2004 con l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e con il principio di proporzionalità, ha respinto la prospettazione del remittente (Tar Sicilia, Palermo, Sezione I, ordinanza 10 aprile 2013, n. 802), secondo la quale la nozione di "ambiente", rilevante ai fini del diritto europeo, includerebbe anche il paesaggio. La Corte UE ha invece ritenuto la materia della tutela del paesaggio sostanzialmente estranea all'ambito di operatività del diritto dell'Unione ("né le disposizioni dei trattati UE e FUE richiamati dal giudice del rinvio, né la normativa relativa alla Convenzione di Aarhus, né le direttive 2003/4 e 2011/92 impongono agli Stati membri obblighi specifici di tutela del paesaggio, come fa invece il diritto italiano. Gli obiettivi di tali normative e del decreto legislativo n. 42/2004 non sono i medesimi, anche se il paesaggio è uno degli elementi presi in considerazione per valutare l'impatto ambientale di un progetto, ai sensi della direttiva 2011/92, e rientra tra gli elementi presi in considerazione dalle informazioni in materia di ambiente, di cui alla Convenzione di Aarhus, al regolamento n. 1367/2006 e alla direttiva 2003/4") [78].

7. Unificazione o differenziazione delle competenze.

Sul tema – di centrale rilievo - della differenziazione delle competenze mi permetto di rinviare per sintesi a un mio non recente contributo[79] nel quale ho sostenuto la tesi che, nell'ambito del confronto dialettico tra più interessi pubblici coinvolti in un affare amministrativo, il principio di differenziazione di cui all'art. 118 Cost. (che non si appiattisce su quello di adeguatezza, ma presenta una sua propria e autonoma rilevanza) si coniuga con il principio del contraddittorio, enunciato nell'art. 111 Cost. e ormai riferibile anche al procedimento amministrativo (sempre più processualizzato, come processual-procedimento[80]). Con la conseguenza che i “*tre diversi aspetti*” in cui si declina la nozione lata e onnicomprensiva di ambiente - ossia il paesaggio, l'ambiente/ecosfera e l'urbanistica/governo del territorio - devono avere ciascuno un proprio rappresentante, un soggetto che esprima e dia voce al diverso punto di vista di ciascuno di questi “aspetti” e che sappia difenderlo nel caso, frequente, di conflitto. Questa impostazione si lega poi all'idea, che pure sostengo da anni, che il Comune – ma penso soprattutto ai piccoli Comuni – non è il posto giusto per fare tutela, poiché il principio di prossimità e di sussidiarietà verticale vale solo per l'amministrazione erogatrice di beni e servizi, non anche per l'amministrazione di tutela, che deve mantenere una fisiologica “distanza” dal conflitto politico locale.

Se scorriamo l'indice del così detto “codice ambiente” (d.lgs. n. 152 del 2006) vediamo che la gran parte dei settori e degli ambiti materiali in esso ricompresi presentano un'evidente caratterizzazione tecnico-scientifica e non pongono particolari problemi di sovrapposizione diretta e di possibile confusione con il campo materiale proprio del paesaggio. È sufficiente a questo scopo leggere l'art. 1 del così detto “codice ambiente”, che definisce il suo *Ambito di applicazione*: “*Il presente decreto legislativo disciplina . . . le materie seguenti: a) le procedure per la valutazione ambientale strategica (VAS), per la valutazione d'impatto ambientale (VIA) e per l'autorizzazione ambientale integrata (IPPC); b) la difesa del suolo e la lotta alla desertificazione, la tutela delle acque dall'inquinamento e la gestione delle risorse idriche; c) la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti contaminati; d) la tutela dell'aria e la riduzione delle emissioni in atmosfera; e) la tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente*”.

Certamente, è ovvio, tutti gli interventi che si realizzano sul territorio – un depuratore, il movimento delle terre per la bonifica di un sito inquinato, *etc.* - possono avere una qualche incidenza paesaggistica, ma queste interferenze indirette non alterano la nitida distinzione dei concetti (e, in tesi, delle possibili competenze).

Vi sono, sì, anche alcuni punti di maggiore e più frequente contatto tra “paesaggio” e “ambiente”, che sono costituiti dalla VIA e dalle aree naturali protette. Alla complessità delle relazioni tra ambiente e paesaggio corrisponde l'emersione e la presenza di una pluralità di conflitti.

La stessa, ampia e onnicomprensiva tematica del contenimento del consumo di suolo e del suo uso razionale, che pure potrebbe dare l'occasione di una sintesi virtuosa e di un ritorno all'unità, si presta a due diverse declinazioni, una più “ambientale” – incentrata sull'impermeabilizzazione, il *Soil Sealing* – l'altra più “paesaggistica” (o, se vogliamo, anche urbanistica) – incentrata sull'uso del suolo, sulla sua occupazione e trasformazione antropica, il *Land Take*.

8. Decarbonizzazione e paesaggio.

Sicuramente il settore che ha dato luogo a maggiori conflitti tra ambiente e paesaggio e che rende più immediatamente percepibile la diversità di approccio di questi due campi di materia, confinanti, ma distinti, è quello dello sviluppo degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili: eolico, fotovoltaico, biomasse, mini-idroelettrico.

Soprattutto l'eolico ha generato forti conflitti e vede normalmente su fronti opposti i difensori del paesaggio (soprattutto del paesaggio appenninico) e i difensori della lotta al mutamento climatico, che oggi si chiama "decarbonizzazione". Ma questo discorso vale anche per il fotovoltaico, quando, anziché essere realizzato su *gray field*, su aree industriali, su capannoni aziendali, su aree già impermeabilizzate, aggredisce terreni verdi sottraendoli all'agricoltura e sostituisce ai girasoli o ai campi di grano ettari di pannelli fotovoltaici.

È un conflitto che è stato avvertito sin dall'inizio, da quando sono scattate le norme di incentivo alla realizzazione dei vari obiettivi proclamati in sede europea e internazionale (l'obiettivo del 20-20-20), e che mostra in assoluta evidenza la divaricazione culturale che separa il "*pensare globale, agire locale*" dell'ambientalismo globalista industriale dalla tradizione di conservazione dei paesaggi, che è alla radice dell'odierna tutela paesaggistica.

Ho personalmente sviluppato queste considerazioni in miei non recentissimi contributi, che però mi sembrano ancora attuali e ai quali mi permetto perciò di rinviare, per non appesantire ulteriormente il discorso^[81].

Ricordiamo che il d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 qualifica (art. 12) le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio di tali impianti, quali opere di pubblica utilità indifferibili ed urgenti (previsione già contenuta nell'art. 1, comma 4, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, recante *Norme per l'attuazione del Piano energetico nazionale in materia di uso razionale dell'energia, di risparmio energetico e di sviluppo delle fonti rinnovabili di energia*), aggiungendo che gli impianti possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici, così spianando la strada all'espropriazione per pochi soldi delle aree agricole.

Il punto centrale delle mie precedenti riflessioni si compendia nella critica – che sembra oggi ancor più valida a attuale – di tre evidenti illogicità: l'illogicità del sistema della negoziazione (a livello europeo) e della definizione (a livello di piani energetici nazionali) *a priori* e in astratto di quote, di percentuali, di obiettivi quantitativi di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili senza una preventiva istruttoria tecnica e verifica sul campo su dove e come realizzare questi impianti; l'illogicità degli incentivi indifferenziati, "ciechi" e "muti" riguardo agli impatti negativi indotti sui territori e concessi al di fuori di ogni logica di pianificazione razionale; l'illogicità di una certa giurisprudenza, che sembrava prendere corso nei primi casi applicativi del decreto legislativo, secondo la quale l'interesse sotteso alla realizzazione del "parco eolico" (o del campo fotovoltaico) fosse non già quello economico imprenditoriale del soggetto privato a realizzare un investimento produttivo, bensì quello "pubblico" di tutela ambientale, con conseguente bilanciamento non tra l'art. 9 e l'art. 41 della Costituzione, ma tra l'art. 9 e la tutela ambientale, soprattutto nella sua declinazione eurounitaria e internazionalistica, capace di dare a tale valore – la lotta al *climate change* – una forza maggiore ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.

Questo modo di ragionare incappa in un evidente errore logico, prima ancora che giuridico, poiché pone a raffronto termini (e valori-concetti) evidentemente non comparabili perché collocati su scala diversa: la "speranza", futura, eventuale, incerta e del tutto indiretta, che (un domani) il fotovoltaico o l'eolico possano contribuire alla lotta (globale) ai gas climalteranti, da un lato; dall'altro lato, il danno certo, immediato, reale, attuale al paesaggio, che si realizza qui ed ora.

L'errore logico, dunque, si risolve nella comparazione di fenomeni che si collocano a scale (spaziali e temporali) del tutto diverse e non seriamente comparabili. Proporzionare le valutazioni alla scala corretta di riferimento è un principio che non vale solo per il diritto, ma per tutti i campi della conoscenza umana. Anche nella fisica, in attesa della Grande Teoria unificante (che è di là da venire), coesistono tre teorie diverse (forse tra loro integrabili o forse contraddittorie), che si applicano alle diverse scale quantitative dei fenomeni osservati: la teoria dei quanti per il microcosmo delle particelle subatomiche, la teoria newtoniana (semplice e chiara) per la scala umana, la teoria dello spazio-tempo a quattro dimensioni della relatività generale einsteiniana per il macrocosmo[82]. Ma nessuno si sognerebbe di spiegare il flusso del traffico veicolare su un'autostrada con la teoria dei quanti o con la curvatura spazio-temporale. La nostra giurisprudenza, invece, pretende di bilanciare i concetti-valori-interessi in campo raffrontando il pensare globale della lotta al cambiamento climatico – che si colloca sulla scala futura dell'intero pianeta – con la tutela dei nostri paesaggi italiani (che si colloca alla scala locale e attuale delle specifiche porzioni territoriali interessate dai progetti di trasformazione antropica).

Qui assistiamo – in una maniera davvero chiarissima ed emblematica – allo scontro tra due visioni opposte delle cose: da un lato, l'ambientalismo industriale globalista, che vede all'attacco imprese industriali che, sventolando il vessillo di Kyoto e della lotta al mutamento climatico, perseguono loro immediati e concreti ritorni economici di profitto e mirano a realizzare parchi eolici sull'Appennino e campi di pannelli fotovoltaici nelle pianure; dall'altro lato chi ama e difende la qualità dei paesaggi agrari e montani italiani, insieme alle comunità di *heritage* territoriali, che faticosamente vorrebbero riscoprire e rivalutare le loro radici culturali, la loro identità, legate alla terra, all'agricoltura, ai mestieri tradizionali, e che puntano a un tipo di sviluppo diverso, più equilibrato, basato sulla filiera eno-gastronomica di eccellenza, sull'agriturismo, sullo sviluppo di modi nuovi di abitare, sulla rivitalizzazione degli antichi borghi, e perciò difendono il contesto paesaggistico che esprime e rispecchia questa cultura tradizionale. È in questi ambiti che si manifesta in tutta la sua evidenza la scivolosità del concetto evanescente e intrinsecamente contraddittorio di "sviluppo sostenibile". Ed è qui che i valori in campo confliggono, poiché bisognerebbe capire quale "sostenibilità" si intende perseguire, se la sostenibilità di uno sviluppo locale autentico, legato alle comunità di *heritage* di cui parla la Convenzione di Faro, fondata sulla riscoperta della autentica e profonda identità culturale di quei territori, o di una sostenibilità "globale" che, intanto, qui ed ora, si concretizza nello stravolgimento di una tradizione culturale locale.

Purtroppo si riscontra una scarsa percezione di questi problemi nella giurisprudenza attuale, forse ancora affascinata dall'idea della transizione ecologia e della lotta al *climate change*. Dalla Corte costituzionale[83], che persiste nel voler difendere il "*principio fondamentale di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili*" e nel negare - contro ogni logica - il potere regionale di razionale pianificazione del territorio mediante la previsione di limiti generali, al Giudice amministrativo[84], che insiste nel pretendere una motivazione rafforzata quando si oppongano valori di tutela paesaggistica alla realizzazione di impianti FER, esigendo "*una*

severa comparazione tra i diversi interessi coinvolti nel rilascio dei titoli abilitativi”, che “non può ridursi all’esame dell’ordinaria contrapposizione interesse pubblico/interesse privato, che connota generalmente il tema della compatibilità paesaggistica negli ordinari interventi edilizi, ciò in quanto la produzione di energia elettrica da fonte solare è essa stessa attività che contribuisce, sia pur indirettamente, alla salvaguardia dei valori paesaggistici”.

9. Conclusioni.

Ricapitolando brevemente gli snodi principali del ragionamento sin qui svolto, si è osservato in primo luogo che la distinzione – culturale e giuridica – tra “ambiente” e “paesaggio”, pur ormai acquisita nell’opinione prevalente, tuttavia si confronta e si scontra, ancora oggi, con un’opposta visione, che potremmo dire “integrale”, “unitaria”, o “olistica” del territorio, che indica nella divisione delle competenze (anche con riguardo alla materia dell’urbanistica-governo del territorio) una delle cause dell’inefficacia dell’azione di tutela e (da un diverso punto di vista) della complicazione burocratica, ed auspica, pertanto, la creazione di un unico centro decisionale.

Questa visione però sembra non avvedersi del rischio che in tal modo l’ambientalismo industriale della transizione ecologica possa inglobare e annullare la tutela paesaggistica, che ad essa obiettivamente si contrappone (poiché i pannelli fotovoltaici nelle campagne, le pale eoliche, le dighe del micro-elettrico, ma anche gli impianti a biomasse, raramente vanno d’accordo con la tutela del paesaggio).

Peraltro, al di là di alcuni segmenti che presentano una evidente sovrapposizione (parchi, VIA), la distinzione tra i due campi di materia appare abbastanza netta e chiara già sul piano epistemologico (la tutela delle matrici ambientali dagli inquinamenti si occupa, come è noto, prevalentemente di quantità fisico-chimiche e dei loro effetti biologici sull’ecosistema da un punto di vista oggettivo; la tutela del paesaggio opera prevalentemente a livello di percezione e di interpretazione da un punto di vista soggettivo).

La distinzione poggia, dunque, sulla natura della logica interna – e dunque sulla natura del tipo di discrezionalità (tecnica) - che connota lo svolgimento delle funzioni di tutela paesaggistica rispetto a quella che caratterizza lo svolgimento delle funzioni di tutela ambientale, inquadrandosi le une in un contesto di logica formale proprio delle scienze comprendenti dello spirito, le altre in un contesto di logica formale proprio delle scienze “esatte” matematizzanti.

Tale diversità della logica interna determina rilevanti conseguenze sul regime giuridico delle decisioni amministrative “paesaggistiche” rispetto a quelle “ambientali”, sia sul piano del tipo di semplificazione possibile (si possono autocertificare i fatti, non le opinioni), sia sul piano della tutela giurisdizionale (in termini di ambito e di tipo di sindacato possibile)

Queste riflessioni non costituiscono un astratto esercizio classificatorio o dogmatico, ma hanno ricadute operative ed effettuali di straordinario rilievo, in particolare oggi, nel momento in cui la politica è chiamata a decidere come articolare e declinare il *Green New Deal* e la così detta “transizione ecologica” verso la “decarbonizzazione”, se in una logica puramente industrialista e globalista (che vedrebbe le esigenze paesaggistiche soccombere al

dilagare dei campi fotovoltaici, dei parchi eolici, delle dighe nei fiumi e nei torrenti, *etc.*) o in una (più equilibrata) logica di attenzione (locale) alla qualità dei territori, orientata soprattutto nella direzione della manutenzione dei territori, di una rigenerazione delle aree compromesse e degradate delle periferie urbane, della prevenzione del dissesto idrogeologico e del risanamento e recupero dei borghi appenninici nelle aree interne.

È significativo (e allarmante) il fatto che nella copiosa produzione normativa e para-normativa dell'Unione europea sul *Green New Deal* non siano menzionati neanche una volta il paesaggio e il patrimonio storico e artistico e che l'attenzione sia interamente assorbita dalla linea di pensiero dell'ambientalismo industriale[85]. Ma non ci si può certo meravigliare di questa impostazione, che si pone in perfetta coerenza con la genesi e la storia del diritto comunitario dell'ambiente, che, come detto, è nato come forzoso “ritaglio” nel quadro delle competenze della Comunità in materia di concorrenza e di mercato.

Si ha, in conclusione, la sensazione che la “transizione ecologica” finirà come al solito per risolversi in un grande *greenwashing* del vecchio refrain della “*Crescita&Sviluppo*”, con sacrificio ulteriore dei paesaggi del già “Bel Paese”[86].

La questione di fondo, come al solito, è culturale: forse la transizione ecologica “vera” non è quella della così detta *green economy*, che è totalmente organica e interna alle vecchie logiche del profitto e della crescita del PIL, ma è prima di tutto quella, mentale e culturale, basata su un nuovo modo di pensare e di guardare al mondo, su un nuovo stile di vita, sul recupero del senso del limite e su un profondo ripensamento della scala dei valori, con l'abbandono del consumo fine a se stesso e del falso slogan contraddittorio dello “sviluppo sostenibile”, nella ricerca di un equilibrio stabile e duraturo. La vera transizione ecologica è probabilmente quella che porta i giovani a tornare alla terra, non quella che usa la terra per togliere l'agricoltura e mettere i pannelli solari per alimentare il *business* dell'auto elettrica. Ma questa visione nuova sembra essere completamente al di fuori della portata del comune pensiero politico attuale.

[1] F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini, *La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, Bologna, Il Mulino, 2018, 23 ss. M. Cocconi *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, Franco Angeli, 2020

[2] La Convenzione europea del paesaggio, fatta a Firenze il 20 ottobre 2000, ratificata dall'Italia con la legge 9 gennaio 2006, n. 14, impone, come è noto, agli Stati parte della convenzione (art. 5, lett. a), di “riconoscere giuridicamente il paesaggio in quanto componente essenziale del contesto di vita delle popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale e fondamento della loro identità” e definisce il paesaggio (art 1, lett. a) come “una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni”. Tale nozione è stata quindi tradotta e recepita dall'art. 131, commi 1 e 2, del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42 del 2004: “1. Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni. 2. Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali”.

[3] C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, a cura di G. Gurisatti, Adelphi, Milano, 2008.

[4] “Non si distribuiscono pasti gratis” è la quarta delle quattro leggi fondamentali dell'ecologia indicate da Berry Commoner (*Il cerchio da chiudere. La natura, l'uomo e la tecnologia*, Garzanti, Milano, 1972).

[5] P. Stella Richter, *I principi fondamentali del diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2002; *Id.*, *I principi del diritto urbanistico*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2006, par. 42 dal titolo “Un territorio, un piano”, 168 ss.

[6] V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 389 e 427 ss.; P. Urbani, *Urbanistica, tutela del paesaggio e interessi differenziati*, in *Regioni*, 1986, 665; *Id.*, *Ordinamenti differenziati e gerarchia degli interessi nell'assetto territoriale delle aree metropolitane*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 609; V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, 2^a ed., Torino 1994, 210 ss.; P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 1/2015, 51 ss. *Id.*, *I rapporti tra disciplina urbanistica e discipline differenziate*, in F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, vol I, 20 ss.

[7] M.S. Giannini, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, 15 ss. Contrapposta alla tesi gianniniana è quella di A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, 33 ss., secondo il quale era necessario pervenire a una nozione unitaria di “ambiente”, nella logica del diritto soggettivo alla salubrità ambientale a livello individuale. Su questi profili si veda, di recente, P. Colasante, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi.it*, 24 giugno 2020.

[8] Così S. Settis, *La Carta di Roma. La città del futuro è testa e popolo*, *Il Fatto Quotidiano*, 6 ottobre 2020, pagg. 1 e 17.

[9] J. W. Von Goethe, *Viaggio in Italia*, trad. di E. Castellani, Mondadori, Milano, 1983 (ristampa 2010), 122 (“Salito a Spoleto, mi sono recato all'acquedotto che fa da ponte tra una montagna e l'altra . . . Una seconda natura, intesa alla pubblica utilità, questa fu per loro l'architettura, e in tal guisa ci si presentano l'anfiteatro, il tempio, l'acquedotto”). Sul tema cfr. S. Settis, *Architettura e democrazia*, Einaudi, Torino, 2017, cap. IV, *Eine zweite Natur*, 97 ss.

[10] Così A. Carandini, *La bellezza abbracciata alla «salute»*, in *Il Sole 24 Ore, Domenica*, 18 ottobre 2020, XVII, che parla di “una prima e una seconda natura mai da contrapporre ma da bilanciare e ricomporre alla radice” e sottolinea l'esigenza, sempre più avvertita, di recuperare “il senso del contesto e quindi del tutto, composto sia dalle scienze della natura che da quelle della storia: due culture oggi ancora così divise, che trattano ambiente e cultura come universi estranei?” (concetti sviluppati dall'Illustre A. in *La forza del contesto*, Laterza, Laterza, Roma-Bari, 2017).

[11] A. Carandini, *La potenza culturale della nostra Italia*, *Domenica de Il Sole 24 Ore* del 28 febbraio 2021, pag. XI. Su queste idee si insiste nel XXV convegno del Fondo ambiente italiano (Fai) del 20 marzo 2021. Il già citato Presidente del Fai, Carandini, ad esempio, afferma che “Il Fai concepisce l'ambiente come un tutto . . . [il Fai è] votato a riequilibrare la storia e la natura, a promuovere la coscienza di luogo tramite racconti e altre concrete azioni riguardo a educazione e pianificazione” e che “C'è una formazione per integrare la cultura della natura e quella del paesaggio, della storia e dell'arte”. Aggiunge (Alberi e colonne meritano davvero uguale attenzione, in *Domenica de Il Sole 24 Ore*, 21 marzo 2021, XII) “Insomma, a ciascuno il suo, a seconda della vocazione e della missione, ma tutti uniti per cui, tramite i vari spicchi, possiamo ricomporre l'arancio intero”.

[12] Alain Badiou, *L'essere e l'evento*, trad. di G. Scibilia, a cura di P. Cesaroni, M. Ferrari e G. Minozzi, Mimesis, Edizioni, Milano – Udine, 2018. Osserva M. Aime (*Classificare, separare, escludere*, Einaudi, Torino, 2021, 14 e 15) che “Di fatto ogni cultura è un tentativo di conferire un certo ordine alla natura e al mondo che ci sta intorno” e che, con riguardo soprattutto alla mente occidentale (C. Bollas, *La mente orientale (Psicoanalisi e Cina)*, trad. it. di M. P. Nazzaro, Milano, 2011), “Una delle prime operazioni di riordino del mondo è stata la divisione netta tra natura e cultura”.

[13] Ho svolto questa critica sia a proposito della Convenzione europea del paesaggio, sia della Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società: dire che “tutto è paesaggio” – o che tutto è patrimonio culturale – equivale a dire, sul piano giuridico, che nulla è paesaggio (e che nulla è patrimonio culturale). Si vedano P. Carpentieri, *Regime dei vincoli e Convenzione europea*, in G. F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007, 135 ss.; *Id.*, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017, 22 febbraio 2017, al sito <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=33604>, e, da ultimo, G. Severini, P. Carpentieri, *La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, in *Federalismi.it*, n. 8/2021, 24 marzo 2021.

[14] S. Settis, *Se Venezia muore*, Einaudi, Torino, 2014, 97; *Id.*, *Paesaggio, Costituzione, cemento*, Torino, Einaudi, 2010, 222 ss. (cap. VI, *L'Italia si fa in tre: paesaggio, territorio, ambiente*). Il Presidente del Tar di Lecce, A. Pasca, un tribunale particolarmente impegnato sulle tematiche paesaggistiche e ambientali, nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2021, in data 20 marzo 2021, ha osservato come “L'inscindibile relazione che lega il paesaggio all'ambiente, nonché le frequenti ipotesi di conflitto degli interessi tra le due succitate materie, conducono ad auspicare una sintesi delle competenze sotto un unico centro decisionale”.

[15]. Si veda da ultimo il disegno di legge costituzionale A.S. 1203 recante *Modifica dell'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, protezione della biodiversità e degli animali, promozione dello sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni*, discusso nella 1^a Commissione permanente (Affari Costituzionali) del Senato in sede referente congiuntamente ai disegni di legge A.S. .83, 212, 1532, 1627, 1632, 938 e 2160 nella seduta del 14 aprile 2021.

[16] P. Carpentieri, Voce “Paesaggio [dir. amm.]”, in *Diritto on line* Treccani, 8 giugno 2018, al sito http://www.treccani.it/enciclopedia/paesaggio-dir-amm_%28Diritto-on-line%29/.

[17] Estetico in senso letterale (dal greco *αἴσθησις*, “sensazione”, *αἰσθάνομαι*, “percepire attraverso i sensi”) e in senso gnoseologico [nel senso del trattato *Aesthetica* del 1750 di Alexander Gottlieb Baumgarten (*Lezioni di estetica*, Aesthetica edizioni, 2020), cui si deve l'introduzione della “gnoseologia” come teoria della conoscenza (distinta in logica ed estetica), e nel senso dell’“estetica trascendentale” come dottrina della percezione sensibile nella *Critica della ragion pura* di Immanuel Kant o del così detto “più antico programma di sistema dell'idealismo tedesco” (attribuito a Hegel, ma forse di Holderlin o Shelling), datato 1797, secondo il quale “l'idea che unifica tutte le altre, l'idea della bellezza, assumendo il termine nel più alto significato platonico. Io sono ora convinto che l'atto supremo della ragione, in quanto abbraccia tutte le idee, è un atto estetico e che verità e bontà solo nella bellezza sono congiunte”; o nel senso dell'Estetica di Hegel e di Friedrich Schiller (i cui scritti sull'estetica sono stati ora raccolti nel volume *L'educazione estetica*, Aesthetica edizioni, 2020)]. Una declinazione della nozione di “paesaggio” in chiave soprattutto estetica in R. Assunto, *Il paesaggio e l'estetica: arte, critica e filosofia*, Giannini, Napoli, 1973; *Id.*, *Filosofia del giardino e filosofia nel giardino. Saggi di teoria e storia dell'estetica*, Bulzoni, Roma, 1981.

[18] Resta sottinteso – in quanto ovvio – che la distinzione tra “scienze esatte” e “scienze deboli”, come quella storicistica tra “scienze della natura” e “scienze dello spirito”, è una distinzione ormai superata nel dibattito filosofico (si veda, ad esempio, H. Putnam, *Fatto/valore; fine di una dicotomia*, trad. it. di G. Pellegrino, Roma, 2004). Essa, tuttavia, presenta ancora un profilo euristico fecondo sia ai fini della riflessione sulle diverse matrici storico-culturali del diritto dell'ambiente-cultura (paesaggio) rispetto al diritto dell'ambiente-natura (ambiente-ecosfera), sia ai fini di una migliore comprensione della logica formale interna del sillogismo che viene ad essere costruito nell'esercizio delle funzioni e nelle determinazioni amministrative di tutela ambientale (accertamenti tecnici). Questa impostazione è approfondita in P. Carpentieri, *Interesse paesaggistico e procedimenti autorizzativi*, in *Riv. giur. urb.*, n. 2 del 2015, e, più di recente, *Id.*, *La decisione amministrativa discrezionale. Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, in *Giust.Amm.it*, n. 1 - 2020 [6096], 19 gennaio 2020.

[19] L'idea che la minorità fisica e naturale dell'uomo sia stata la condizione necessaria per lo sviluppo adattivo della memoria dell'esperienza e, quindi, della riflessione, fino alla conoscenza e al linguaggio, consentendo all'uomo di creare un ambiente a sua misura, dominando il mondo con la tecnica; è stata sviluppata soprattutto da A. Ghelen, *L'uomo delle origini e la tarda cultura*, a cura di V. Rasini, trad. it. di E. Tetamo, Mimesis, Milano, 2016, ma è già in Samuel Pufendorf, 1672, *De iure naturae et gentium libri octo*, così come in Bacone, in Herder (secondo cui l'uomo supplisce alla mancanza dell'istinto con la riflessione), nonché in Max Sheler, Helmut Plessner, Hans Georg Gadamer

[20] Sul superamento della dicotomia “natura-cultura” si veda il recente contributo di Yan Thomas e Jacques Chiffolleau, *L'istituzione della natura*, a cura e con un saggio di Michele Spanò, Quodlibet, Macerata, 2020. Andy Clark e David Chalmers, *The Extended Mind*, in *Analysis*, vol. LVIII, n. 1, 1998, sostengono che quando le nostre tecnologie si adattano a noi in modo attivo, automatico e continuo, così come noi ci adattiamo a loro, allora la linea che separa lo strumento dal suo utilizzatore diviene incerta. Rifiutano l'identificazione ontologica ed epistemologica tra mentale e cerebrale. Rifiutano l'identificazione tra biologico e naturale da un lato e tra tecnologico e artificiale dall'altro. Tutto questo ha a che vedere anche con il “modello della mente estesa” della più recente scienza della mente, secondo la quale “la mente non è all'interno del cervello, ma si diffonde nel corpo e nell'ambiente” (M. Di Francesco, *L'io esteso. Il soggetto tra biologia e cultura*, in M. Di Francesco, M. Marraffa (a cura di), *Il soggetto. Scienze della mente e natura dell'io*, Bruno Mondadori, Milano, 2009, 170.

[21] Sulla lettera del Petrarca sull'ascesa al Monte Ventoso cfr. da ultimo A. Vedeschi, R. Grazi, *Il paesaggio e il consumo del territorio: dalla tutela alla valorizzazione*, in S. Lo Nardo e A. Vedeschi (a cura di), *Consumo del territorio, crisi del paesaggio e finanza locale*, Gangemi, Roma 2011, 105-124, nonché H. Küster, *Piccola storia del paesaggio*, Donzelli, Roma, 2010, 4. Sui paesaggi storici italiani si veda l'ampia rassegna di Arnold Esch, *Viaggio nei paesaggi storici italiani*, trad. di Flavia Paoli, Leg Edizioni, Gorizia, 2020 (il paesaggio toscano del ciclo di affreschi di Benozzo Gozzoli nella cappella dei Magi di Palazzo Medici Riccardi di Firenze, gli sfondi delle opere del Pollaiuolo con la valle dell'Arno, la Crocifissione di Antonello da Messina conservata al Koninklijk Museum di Anversa, con lo sfondo del paesaggio dello Stretto, etc.).

[22] Genesi, 2, 6, 15 (*La sacra Bibbia della CEI, editio princeps*, 1971, ristampa 2006, RCS Quotidiani s.p.a., Milano, *Antico Testamento, Pentateuco I*, parte I, 56). Illuminante sul punto la prolusione tenuta dal cardinale Gianfranco Ravasi in occasione della prima giornata degli Stati generali del paesaggio, il 26 ottobre 2017, in Roma, intitolata «*Pose l'uomo nel giardino per coltivarlo e custodirlo. Paesaggio, spiritualità e cultura*». Temi, questi, sviluppati in modo più ampio in G. Ravasi, *Il Grande Libro del Creato. Bibbia ed Ecologia*, Edizioni San Paolo, 2021.

[23] È noto che l'immagine dell'Eden è presente già nella tradizione sumera del dio Enki, nel poema assiro-babilonese Enuma Elish e nel mito di Gilgamesh e dell'ultimo uomo sopravvissuto al diluvio, Utnapishtim, sul quale si veda di recente R. Calasso, *La tavoletta dei Destini*, Adelphi, Milano, 2020. Sulla diffusione di questo archetipo in molte religioni orientali cfr. A. Graf, *Miti, leggende e superstizioni del medioevo*, Loescher, Roma, 1892-1893, ora riedito in versione integrale a cura di C. Allasia e W. Meliga, prefazione di M. Guglielminetti, saggi introduttivi di E. Artifoni e C. Allasia, Bruno Mondadori, Milano, 2002.

[24] Si pensi alla ripresa del mito virgiliano dell'Arcadia come paesaggio spirituale, dal ciclo dei dipinti del Guercino (*Et in Arcadia ego*) all'Accademia fondata nel 1690 in Roma dal Crescimbeni attorno a Cristina di Svezia (sul movimento poetico letterario nel XVIII sec. si vedano M.L. Doglio, M. Pastore Stocchi, *Rime degli Arcadi I-XIV*, Ed. di Storia e Letteratura, Roma, 2020, e AA.VV., *Canoni d'Arcadia*, Ed. di Storia e Letteratura, Roma, 2020). Ma si pensi anche all'idea di paesaggio del progetto della "Platonopoli" plotiniana del circolo medico riunito nella villa di Careggi, come disegno razionale del territorio secondo schemi ideali superiori. Un ruolo centrale, un *file rouge* continuo, che lega insieme tutto lo sviluppo storico dell'idea di paesaggio, è costituito dall'idea del giardino, dell'eden, dalla Roma antica (ma dalla Mesopotamia) fino ad oggi.

[25] Si ricordino, tra i pittori di paesaggio tedeschi, oltre a Carl Blechen (*Le rocce di Tiberio a Capri*, 1828-29), Carl Feuerbach, Hans Thoma, Franz von Lenbah. Sul ruinismo cfr. Alain Schnapp, *Une histoire universelle des ruines. De origines aux Lumières*, Edition du Seuil, 2021. Tra i Preraffaelliti John Everett Millais, James Tissot, Dante Gabriel Rossetti, George Frederic Watts, John Singer Sargent ed Edward Burne-Jones, Lawrence Alma-Tadema.

[26] L'espressione il "Bel Paese" risale a Dante (*«del bel paese là dove 'l sì suona»*, *Inferno*, canto XXXIII, verso 80) e Petrarca (*«il bel paese ch'Appennin parte e 'l mar circonda e 'l'Alpe»*, *Canzoniere*, CXLVI, versi 13-14). Su questi profili si vedano i fondamentali contributi chiarificatori di G. Severini, *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, 59 ss., soprattutto 60-61 e nota n. 2, in G. Morbidelli, M. Morisi (a cura di) *Il "paesaggio" di Alberto Predieri*, Atti del Convegno *«Il "paesaggio" di Alberto Predieri. A cinquant'anni dal "Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio"»*, svoltosi a Firenze l'11 maggio 2018, Passigli Editore, Firenze, 2019, nonché *Id*, *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2020, rielaborazione della relazione tenuta al 65° Convegno di Studi amministrativi, *Dall'urbanistica al governo del territorio: valori culturali, crescita economica, infrastrutture pubbliche e tutela del cittadino*, Varenna, 19-20-21 settembre 2019, in corso di pubblicazione anche nei relativi "Atti". Si veda anche P. Camporesi, *Le belle contrade. Nascita del paesaggio italiano*, Garzanti, Milano, 1992. Illustra bene il rapporto di reciproco influsso tra una certa idea di paesaggio e lo sviluppo di un primo turismo di massa il saggio *L'Orco, il Monaco e la Vergine. Eiger, Mönch, Jungfrau e dintorni. Storie dal cuore di ghiaccio d'Europa*, di P. Paci, Corbaccio, Milano, 2020, che descrive lo sviluppo del turismo inglese nell'Oberland bernese nell'Ottocento. Sulla nascita, alla fine del Settecento, del culto delle Alpi, con il diffondersi della moda del viaggio a scopi estetici, cfr. R. Bodei, *Le forme del bello*, cit., 130.

[27] La nostalgia per la *wilderness* è spesso nostalgia per una natura più selvaggia, legata a un ideale romantico (Ch. Thacker, *The Wilderness Pleases*, London-Camberra, New York, 1983). Per H. Küster (*Piccola storia del paesaggio*, cit., 94) il culto della *wilderness* non era biologia ma desiderio di un paesaggio "più selvaggio". Si veda anche R. Bodei, *Paesaggi sublimi. Gli uomini davanti alla natura selvaggia*, Milano, 2008.

[28] Sull'interesse di Goethe per i giardini (che partecipò allo sviluppo del parco di Weimar e dell'orto botanico di Jena) cfr. R. Bodei, *Scomposizioni (Forme dell'individuo moderno)*, Il Mulino, Bologna, 2020, 278. Sul ruolo centrale che l'estetica del giardino ha rivestito nello sviluppo dell'idea di paesaggio si vedano C. Moore, W. Turnbull jr, W.J. Mitchell, *The poetics of gardens*, Cambridge (Mass.), London 1988, nonché *Culture and nature. International legislative texts referring to the safeguard of natural and cultural heritage*, ed. C. Añón Feliú, Firenze 2003, quinto volume dedicato a *Giardini e paesaggio*. Traggo queste citazioni da F. Zagari, voce *Paesaggio*, in *X Appendice dell'Enciclopedia Italiana*, volume secondo, I-Z, Roma, 2020, 249.

[29] L'estetica di Croce coglie dunque un elemento centrale della nozione di "paesaggio", e questo aspetto andrebbe rivalutato, valorizzando le origini "crociane" della nostra legislazione nella materia, a partire dalla fondamentale legge 11 giugno 1922, n. 778. È noto che per Croce l'estetica è una disciplina filosofica, anzi è uno dei pilastri della filosofia, che coglie uno dei modi della conoscenza, Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale. Autonomia dell'arte orientata alla bellezza nell'autonomia dell'arte, che non ha scopi utilitaristici, concettuali o moralistici, ma ha un carattere contemplativo e disinteressato e viene fuori dalla sintesi *a priori* tra forma e contenuto: l'arte è, infatti, intuizione pura (B. Croce, *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale. Teoria e storia*, 1965).

[30] La commissione Franceschini, nella dichiarazione XXXIX della relazione finale, definiva i *beni culturali ambientali* come "le zone corografiche costituenti paesaggi, naturali o trasformati dall'opera dell'uomo, e le zone delimitabili costituenti strutture insediative, urbane e non urbane, che, presentando particolare pregio per i loro valori di civiltà, devono essere conservate al godimento della collettività" (F. Franceschini, *Relazione della commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 119, nonché in *Per la salvatezza dei beni culturali*, Roma, 1967).

[31] E. Morin, *op. cit.*, 27 ss.

[32] Non necessariamente un'estetica del "brutto" (Karl Rosenkranz *Estetica del brutto*, Aesthetica edizioni, Sesto San Giovanni, Milano, 2020). In Rosenkranz il brutto assume un ruolo di mediazione nella dialettica realizzativa del bello. Si veda, in tema, anche R. Bodei, *Le forme del bello*, cit., soprattutto 141 ss.

[33] E. Boscolo, *La nozione giuridica di paesaggio identitario ed il paesaggio 'a strati'*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, *Id.*, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urb. e app.*, 2008, n. 7, 797 ss.

[34] Sul fondamentale contributo di Alberto Predieri (A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, nonché *Id.*, voce *Paesaggio* in *Enc. Dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, pag. 514.) si veda il già richiamato volume a cura di G. Morbidelli, M. Morisi, *Il "paesaggio" di Alberto Predieri*, cit.

[35] C. Tosco, *Il paesaggio come storia*, Bologna, 2007, 35.

[36] H. von Humboldt, *Quadri della natura*, trad. di G. Melucci, La Nuova Italia, Firenze, 1999.

[37] Roger Scruton definisce *oikophilia* l'amore per la casa (*Beauty: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2009 - citazione tratta da F. Giubilei, op. cit., 102). Per un esame di queste posizioni cfr. S. Settis, *Azione popolare*, Einaudi, Torino, 2012, 153 ss.

[38] R. Scruton, *Beauty: A Very Short Introduction*, cit.; G. Simmel, *Saggi sul paesaggio*, Armando Editore, Roma, 2006; R. Assunto, *Il paesaggio e l'estetica: arte, critica e filosofia*, cit.; *Id.*, *Filosofia del giardino e filosofia nel giardino. Saggi di teoria e storia dell'estetica*, cit.; P. D'Angelo, *Filosofia del paesaggio*, Quodlibet, Macerata, 2010; C. Raffestin, *Dalla nostalgia del territorio al desiderio di paesaggio, Elementi per una teoria del paesaggio*, Alinea, Roma, 2005; R. Milani, *L'arte del paesaggio*, Il Mulino, Bologna, 2001; *Id.*, *L'arte della città*, Il Mulino, Bologna, 2015; I. Baldriga, *Estetica della cittadinanza. Per una nuova educazione civica*, Le Monnier, Firenze.

[39] Sul modello tedesco dei *Denkmaler der Natur, der Kunst, der Geschiste* si veda S. Settis, *Architettura e democrazia*, cit., 31 ss., nonché, da ultimo, anche con riferimento alla legislazione francese, con la consueta profondità e completezza, G. Severini, *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali*, cit. Su Ernst Rudorff (*Heimatschutz*, Erstdruck, 1897) cfr. C. Tosco, *Il paesaggio come storia*, cit., 57. Su Humboldt cfr. A. Wolf, *L'invenzione della natura. Le avventure di Alexander Von Humboldt, l'eroe perduto della scienza*, Luiss Univ. Press, Roma, 2017

[40] Il richiamo a Victor Hugo è tratto da G. Severini, *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali*, cit., nota n. 3.

[41] Su questi profili si veda R. Bodei, *Scomposizioni (Forme dell'individuo moderno)*, cit., cap. VII, *Solitudine e oblio*, 211 ss. Sulla nozione di "sublime" nell'evoluzione dell'estetica cfr. R. Bodei, *Le forme del bello*, cit., 122 ss.

[42] *Essai sur la nature, le but et les moyens de l'imitation dans les beaux-arts*, 1823. Il testo del 1815 *Considérations morales sur la destination des ouvrages de l'art, ou de l'influence de leur emploi sur le génie et le goût de ceux qui les produisent ou qui les jugent* contribuì agli sviluppi del dibattito in Francia intorno alla legittimità delle spoliazioni e della raccolta di beni in Francia, dibattito che è probabilmente alle origini della nascita della nozione di patrimonio culturale, come chiarito da S. Settis, *Paesaggio, costituzione, cemento*, cit., 88 ss.

[43] A Henry David Thoreau – autore del famoso *Walden; or, Life in the Woods*, 1854 (*Walden. Vita nel bosco*, trad. it. di S. Proietti, Donzelli, Roma, 2005) – sembra si debba il *topos* del paesaggio come "volto amato della patria". John Muir (1838 – 1914) è il fondatore nel 1892 del Sierra Club, uno dei primi movimenti ambientalisti, ed è considerato il padre dei primi parchi nazionali degli USA (nel 1903 convinse Theodore Roosevelt ad avviare la costituzione dei parchi nazionali, Yosemite Park e Sequoia Park, lungo i quali ancora oggi c'è il Muir Trail, fino alla cima del monte Whitney); di Muir è uscita di recente una nuova edizione del libro *Andare in montagna è andare a casa*, Piano B Edizioni, Prato, 2020). George P. Marsh, primo ambasciatore nel Regno d'Italia degli Stati Uniti, è famoso per il suo *Man and Nature*, del 1864, tradotto in italiano dallo stesso Autore nel 1870.

[44] Una vera e propria "Repubblica delle Lettere" per il paesaggio, espressione di un unico *milieu* culturale omogeneo, nel quale il paesaggio è prima di tutto storia e identità culturale (mutuando, *si licet*, l'idea di una "Repubblica delle Lettere", che costituì già nel tardo Medioevo e nel Seicento la vera forza di coesione dell'Europa, temi sui quali si veda Marc Fumaroli, *Le api e i ragni. La disputa degli Antichi e dei Moderni*, trad. it. di G. Cillario e M. Scotti, Milano, 2005, Autore scomparso a Parigi il 24 giugno 2020, ricordato da Carlo Ossola su *La Domenica del Sole 24 Ore* del 28 giugno 2020, che ricorda come Fumaroli parlasse di "diplomazia dello spirito", come l'insieme delle credenze che fanno di una popolazione una comunità naturale).

[45] G. Severini, soprattutto in *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, cit, dove l'illustre A. richiama l'omogeneità della visione europea della tutela del paesaggio agli inizi del Novecento, espressa in Italia dalla legge sulla pineta di Ravenna n. 411 del 1905 e dalla legge Croce del 1922, in Francia nella legge Beauquier 21 aprile 1906 sui paesaggi pittoreschi, «*organisant la protection des sites et monuments naturels de caractère artistique*», in Prussia dall'analoga legge 15 luglio 1907 «*gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden*» (contro le deturpazioni degli abitati e dei paesaggi eccellenti), anticipata da quella del 2 giugno 1902 e da norme degli Stati germanici.

[46] Il punto, di grande rilievo, direi essenziale per la comprensione della nascita e dell'evoluzione della tutela paesaggistica e ambientale in Italia, è ricostruito da G. Severini in *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali*, cit. Si veda anche F. Giubilei, *Conservare la natura (Perché l'ambiente è un tema caro alla destra e ai conservatori)*, Giubilei Regnani, Roma-Cesena, 2020,

3096-97, che riconnette a questi primi movimenti turistici la spinta verso la costituzione dei primi parchi nazionali, quello dell'Abruzzo (1921), del Circeo (1934) e dello Stelvio (1935). Alla lista deve ovviamente aggiungersi il Parco nazionale del Gran Paradiso, nato nel 1922.

[47] M. D'Amelio, *La tutela giuridica del paesaggio*, in *Giur. It.*, 1912, 129 ss.

[48] Non può non ricordarsi, infine, in questo discorso, che la legge Rava – Rosadi n. 411 del 16 luglio 1905 era intitolata “per la conservazione della Pineta di Ravenna” e si proponeva, quale suo scopo precipuo, la difesa dei luoghi cantati da Dante nella Divina Commedia [“la divina foresta spessa e viva” del Canto XXVIII del Purgatorio, luogo narrativo poi ripreso anche dal Boccaccio nella novella di Nastagio degli Onesti del Decamerone (V, 8)]. Si veda in proposito, il volume di R. Balzani, *Per le antichità e le belle arti, la legge n. 364 del 20 giugno 1909 e l'Italia giolittiana*, ed. del Senato della Repubblica, Bologna, 2003, 435 e 436. Sulla legge “Croce” n. 778 del 1922 si veda la bella prolusione di S. Settis, *Benedetto Croce ministro e la prima legge sulla tutela del paesaggio*, tenuta il 3 ottobre 2011 presso l'Università Ca' Foscari di Venezia, reperibile al sito http://www.unive.it/media/allegato/infoscari-pdf/Croce-Ca_Foscari1.pdf.

[49] Un secondo aggiornamento, dal titolo *Limits to Growth: The 30-Year Update*, è stato pubblicato il 1° giugno 2004 dalla Chelsea Green Publishing Company. L'aggiornamento si apre sottolineando che l'impronta ecologica (tecnica introdotta da Mathis Wackernagel e altri nel 1996) ha iniziato a superare intorno al 1980 la capacità di carico della Terra e la supera attualmente del 20%. Cfr. J. Randers, 2052. *Scenari globali per i prossimi quarant'anni*, Edizioni Ambiente, 2013.

[50] N. Georgescu-Roegen, *The Entropy Law and the Economic Process*, Harvard University Press, Boston, 1971, introdusse il concetto di bioeconomia (traggo il riferimento da F. Giubilei, *op. cit.*, 71).

[51] Virginio Bettini (1942 – 2020) è stato un politico italiano, esponente dei Verdi Arcobaleno e della Federazione dei Verdi. A lui si deve la prima critica alla “ideologia borghese dell'ecologia”, la “ecologia delle contesse”, ossia a quella tradizione, fondamentalmente elitaria, che vedeva la tutela ambientale come tutela del volto amato della Patria, dei bei paesaggi e del Belpaese.

[52] Barry Commoner, biologo ed ecologo statunitense (New York 1917- 2012), professore di fisiologia vegetale all'Università di Washington, ha applicato un rigoroso approccio scientifico ai problemi ambientali ed ha fondato nel 1966 il Center for biology of natural system di New York.

[53] Sulla Relazione Tecneco e sulla sua impostazione “panurbanistica”, intesa a ricondurre la materia “ambiente” nelle competenze regionali, con *vis attractiva* sul paesaggio, cfr. S. Settis, *Paesaggio, Costituzione, cemento*, cit., 225 ss. ed ivi un'attenta analisi dei testi dei primi statuti regionali del 1970 – 1971 e dei riferimenti in essi contenuti alla tutela dell'ambiente.

[54] In Wikipedia si legge che “La frase originale “Think global, act local” è stata attribuita all'urbanista scozzese e attivista sociale Patrick Geddes. Anche se la frase esatta non appare in Geddes, 1915, libro “Le città in evoluzione” . . . Il primo uso della frase in un contesto ambientale è contestata. Alcuni dicono che è stato coniato da David Brower, fondatore di Friends of the Earth, come uno slogan per FOE quando è stata fondata nel 1969, anche se altri lo attribuiscono a René Dubos nel 1977. Il “futurista” canadese Frank Feather ha anche presieduto una conferenza chiamata “pensare globalmente, agire localmente” nel 1979 e ha rivendicato la paternità dell'espressione. Altri includono tra i creatori possibili il teologo francese Jacques Ellul”. Sul cortocircuito del fenomeno “glo-cal”, tra globale e locale, cfr. G. Marramao, *Kairòs, Apologia del tempo debito*, ed. ampliata, Bollati Boringhieri, 2020, Torino, *Prefazione alla nuova edizione*, 19 (che richiama Marshall McLuhan, che “aveva caratterizzato il «villaggio globale» come contrassegnato da una dinamica ambivalente: di unificazione planetaria e di «decentralizzazione tribale»”).

[55] Gro Harlem Brundtland, presidente della Commissione mondiale su Ambiente e Sviluppo (*World Commission on Environment and Development*, WCED,) istituita nel 1983, introdusse, nel rapporto «*Our common future*», l'idea del «*sustainable development*», con un'impostazione sostanzialmente recepita nel 1989 dall'Assemblea generale dell'ONU.

[56] Ho sostenuto che il concetto di “sviluppo sostenibile” sia un ossimoro in un mio non recente contributo (*La causa nelle scelte ambientali*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, n. 3/2006, 99 ss.). Apprendo da F. Giubilei, *Conservare la natura*, cit., 155, che questa considerazione sarebbe stata formulata da Alain de Benoiste e da Serge Latouche, nell'ambito della teoria della decrescita felice. Una critica analoga anche in E. Goldsmith, *The Earth Report*, Mitchell Bezley, Londra, 1992. Per certi aspetti l'idea di sviluppo sostenibile sembra rievocare echi hegeliani, nel richiamo dei “pilastri” fondamentali della dialettica: contraddizione e sviluppo, storia orientata verso un fine lontano, sacrificio del presente in favore del futuro (R. Bodei, *Scomposizioni*, cit., 389, il quale osserva anche – *ivi*, 287 - come l'ideale della *Bildung* e della metafisica dello sviluppo siano sorti in funzione dell'oltrepassamento dei limiti). Da ultimo E. Comelli, E. Bianchetti, *Tocca a noi, Siamo stati il problema, possiamo essere la soluzione*, Edizioni Ambiente, 2020, osservano condivisibilmente che al posto del concetto di “sviluppo sostenibile” occorrerebbe parlare di “equilibrio”, poiché quella di “sviluppo sostenibile” è una “definizione che ha fatto il suo tempo e che porta in sé tutta l'ambiguità in cui ci siamo cullati negli ultimi decenni”, e che certamente non può continuare a essere inteso nel senso praticato finora, come “crescita a tutti i costi, fatturato, PIL, remunerazione, ricchezza”.

[57] L'8 agosto 2019 l'IPCC ha pubblicato un nuovo rapporto sul clima, approvato a Ginevra dalle delegazioni di 195 Paesi.

[58] Per Haeckel l'ecologia è “*la scienza complessiva delle relazioni di un organismo con l'ambiente circostante*” (così riferisce G. Ieranò, *Le parole della nostra storia*, Marsilio, Venezia, 2020, 188).

[59] H. Küster, *op. cit.*, 102.

[60] J. Lovelock, *La rivolta di Gaia*, Rizzoli, 2006. Riprende la teoria di Gaia Bruno Latour, *La sfida di Gaia. Il nuovo regime climatico*, prefazione di Luca Mercalli, trad. di Donatella Caristina, Meltemi, 2020.

[61] Forse una radice di questa teoria è da ricercare in Alexander Von Humboldt, il quale, nella narrazione dei suoi viaggi in America del Sud (*Personal Narrative*, letto e ammirato da Darwin) sviluppò l'idea che la Terra fosse un unico grande organismo vivente in cui tutto è interconnesso (come evidenziato da A. Wolf, *L'invenzione della natura. Le avventure di Alexander Von Humboldt, l'eroe perduto della scienza*, cit.). La teoria di Gaia – come, del resto, molti temi ambientalisti di oggi – sembra trovare peraltro illustri antecedenti in Spinoza, Shelling e, forse, in Anassimene di Mileto (546-525 a.C.), filosofo della scuola Ionica, discepolo di Anassimandro, secondo il quale il mondo è un animale gigantesco che respira. La base filosofica migliore del pensiero ambientalista va ricercata nel libro di Hans Jonas *Il principio responsabilità*, che è del 1979 (H. Jonas, *Il principio responsabilità*, 1979, ed. it. a cura di P.P. Portinaro, Torino, 2009). *Habitat* è la terza persona singolare del verbo *Habitare* (*habitus*, da cui abitudine, che ne è il participio passato). La *oikos* di economia e di ecologia, nella sua radice etimologica che richiama il concetto di “casa”, è in qualche modo alla base sia del paesaggio, sia dell'ambiente-ecologia, solo che per il primo la casa da difendere è questa, dei nostri territori, nei quali noi siamo insediati e attraverso i quali edificiamo la nostra identità; quella dell'ambiente-ecologia, soprattutto negli ultimi decenni, è invece quella globale e si identifica con il mondo intero, Gaia, il pianeta vivente.

[62] Sulla stretta derivazione delle politiche comunitarie dalle scienze e dalle tecniche ambientali cfr. M. Cecchetti, *La Corte costituzionale davanti alle “questioni tecniche” in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*. 13 maggio 2020. Più in generale, osserva condivisibilmente l'A. che “*che la produzione pubblica del diritto dell'ambiente consiste pressoché sempre – e, soprattutto, nei suoi contenuti più tipici e qualificanti – in un'attività di “normazione tecnica”, ossia nella produzione di “regole tecniche” in senso stretto, ovvero di regole giuridiche elaborate sulla base o in funzione di presupposti e di dati conoscitivi di natura “tecnico-scientifica”, per cui “non ci si può occupare del diritto ambientale se non facendo i conti con le elaborazioni delle c.d. “scienze dure”.*”

[63] M. Cecchetti, *Le politiche ambientali tra diritto sovranazionale e diritto interno*, in *Federalismi.it*, n. 7/2020, 27 marzo 2020.

[64] Si rinvia in proposito alla più diffusa manualistica di diritto dell'ambiente (*Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno ed E. Picozza, vol. I, *Principi generali*; A. Gustapane, *Tutela dell'ambiente (dir. interno)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1992, 413 ss.; P. Dell'Anno, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 1998; A. Crosetti, R. Ferrara, N. Olivetti Rason, *Diritto dell'ambiente*, Laterza, Bari, 2002; B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna 2005; F. Fonderico, *Ambiente (Dir. Amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano 2006, 204 ss.; *Id.*, *Ambiente (tutela dell')*. I) *Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur., Agg.*, XVI, Roma 2008; L. R. Perfetti, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 1 ss.; F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 433 ss.

[65] C. Videtta, *Cultura e sviluppo sostenibile. Alla ricerca del IV pilastro*, Torino, 2018.

[66] La polisemia della nozione (metagiuridica) di paesaggio è, come noto, arricchita da numerosi apporti, provenienti da i più vari e diversificati ambiti culturali. Per una efficace panoramica sull'ampiezza ed eterogeneità della nozione metagiuridica di paesaggio si vedano A. Clementi (a cura di), *Interpretazioni di paesaggio*, Roma, 2002; L. Scazzosi (a cura di), *Politiche e culture del paesaggio (esperienze internazionali a confronto)*, Roma, s.d., ma 1999; E. Turri., *Antropologia del paesaggio*, Milano, 1974; *Id.*, *Semiologia del paesaggio italiano*, Milano, 1979; C. Tosco, *Il paesaggio come storia*, cit., che ripercorre in sintesi i diversi apporti rinvenibili nella storia, a partire dalla pittura murale e dalla cultura dei giardini di età romana fino al Rinascimento italiano, da Ruskin a Mérimée, da von Humboldt a Buckhardt, da Carl Ritter a Ratzel, fino all'idea del territorio come sedimento storico dell'Università di Lipsia del Meitzen; dall'Heimatschutz di Ernst Rudorff alla storiografia anglosassone di Marc Bloch e alla geostoria di Braudel; dagli studi di Vittorio Sereni sul paesaggio agrario fino alla strutturalismo di Biasutti e Gambi; dalla teoria dei sistemi fino all'ermeneutica di Joachim Ritter, Massimo Quaini, Rosario Assunto, etc. Fondamentale è anche il richiamo - 94 e 95 – alla scuola italiana del restauro di Roberto Longhi e Giovanni Urbani, che, sin dalla metà del Novecento, aveva posto l'accento sulla necessità di tutelare il bene culturale nel suo contesto ambientale, tesi ora ripresa da Bruno Zanardi, che propone un Piano nazionale per la conservazione del patrimonio storico e artistico in rapporto all'ambiente, sulla premessa teorica per cui il detto patrimonio costituisce una componente ambientale antropica – Giovanni Urbani, 1982 – costituente “*una totalità indissolubile dalla totalità dell'ambiente?*”.

[67] K. R. Popper, *I tre mondi. Corpi, opinioni e oggetti del pensiero*, Bologna, 2012.

[68] R. Scruton, *Il volto di Dio*, Milano 2013, 37, in particolare cap. V, *Il volto della terra*, 113 ss. Per H. Küster, *op. cit.*, 11, “*al paesaggio appartiene sempre anche una dimensione riflessiva*”. Küster sottolinea anche il valore metaforico del paesaggio (*op. cit.* cap. V, *Il paesaggio come metafora*, 70 ss.).

[69] Uno dei “campioni” dell’anti-illuminismo, Johann Georg Hamann, era contemporaneo e amico di Goethe.

[70] Sul punto sia consentito il rinvio a P. Carpentieri, Voce “Paesaggio [dir. amm.]”, in *Diritto on line* Treccani, *cit.*, e ai contributi contenuti in G. Morbidelli, M. Morisi (a cura di) *Il “paesaggio” di Alberto Predieri*, *cit.* H. Küster, *Piccola storia del paesaggio*, *cit.*, 113, osserva che “*Paradossalmente, lo studio scientifico del paesaggio ha avuto inizio proprio nel periodo in cui le discipline che avrebbero dovuto collaborare all’analisi di questo tema sono state separate e associate alle facoltà umanistiche e a quelle delle scienze naturali. Questo accadeva nel XIX secolo. Oggi è evidente che la divisione delle scienze in due regni non ha giovato allo studio complessivo del paesaggio. Per legittimare la scienza del paesaggio come disciplina c’è bisogno di saperi che afferiscono a entrambi i campi: la storia, l’estetica e la storia dell’arte, la filosofia, la geografia, la geologia, l’ecologia, la sociologia, l’economia, le scienze agrarie, la pianificazione del territorio e l’architettura paesaggistica*”.

[71] Sentenze 1° aprile 1985, n. 94; 21 dicembre 1985, n. 359; 27 giugno 1986, n. 151; 22 luglio 1987, n. 183; 28 luglio 1995, n. 417; 23 luglio 1997 n. 262; 25 ottobre 2000, n. 437 (tutte le pronunce della Corte costituzionale richiamate in questo contributo sono consultabili sul sito ufficiale della Corte o sul sito *Consulta on line*).

[72] M.S. Giannini, «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, *cit.*

[73] Sentenza 26 novembre 2002, n. 478 (che richiama la precedente n. 378 del 2000).

[74] Sentenze 27 luglio 2000, n. 378, nonché nn. 39 e 153 del 1986 e n. 529 del 1995.

[75] Sentenze 3 ottobre 1990, n. 430 e 11 luglio 1989, n. 391.

[76] Sentenza 20 febbraio 1995 n. 46 che richiama la legge “Galasso” del 1985 e richiama le precedenti sentenze 359 del 1985, 67 del 1992, 269 del 1993.

[77] Seguita da una coerente serie numerosa di pronunce successive: nn. 180 e 232 del 2008; n. 164 del 2009; nn. 101 e 193 del 2010; nn. 235 e 309 del 2011; n. 66 del 2012; nn. 139, 211 e 238 del 2013; nn. 197 e 210 del 2014; nn. 64 e 99 del 2015; nn. 11 e 210 del 2016; n. 103 del 2017.

[78] Per una disamina critica dell’ordinanza di remissione del Tar Sicilia, sopra citata, cfr. P. Carpentieri, *Paesaggio e Corti europee (in margine a Tar Sicilia, Palermo, Sezione I, ordinanza 10 aprile 2013, n. 802)*, nella rivista *on line Giust.Amm.it* (al sito <http://www.giustamm.it>), 3 maggio 2013.

[79] P. Carpentieri, *Principio di differenziazione e paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3 del 2007, 71 ss. Per una visione opposta si veda soprattutto P. Stella Richter, da ultimo in *Relazione generale* al Convegno AIDU 29-30 settembre 2017 (Udine) *La perequazione delle disuguaglianze tra paesaggio e centri storici*, in *Id.* (a cura di), *Studi del XX Convegno nazionale AIDU*, Giuffrè, Milano, 2018, 1 ss., nonché in *Il principio comunitario di coesione territoriale*, in G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana – Studi*, vol. II, Firenze, 2016, 468.

[80] E. M. Marengi, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4 del 2008, 961.

[81] P. Carpentieri, *Paesaggio contro ambiente*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 8 del 2005, 931 ss.; *Id.*, *Eolico e paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, n. 1 del 2008, 322 ss. La giurisprudenza che ha subito chiamato in causa, contro l’interesse paesaggistico, le finalità di interesse pubblico di riduzione delle emissioni di gas serra in esecuzione del Protocollo di Kyoto è citata nel primo dei due scritti ora citati (Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2005, n. 971; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 4 febbraio 2005, n. 150). Più di recente si veda la sintesi, su questi temi, di M. Santini, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 3 del 2020, 302 ss.

[82] “*Nonostante la nostra ricerca di leggi fisiche universali, i limiti del riduzionismo ci fanno intravedere che a volte il mondo si comporta in maniera molto diversa a scale diverse, e per descriverlo e spiegarlo dobbiamo usare il modello e la teoria appropriati. A esempio, sulla scala dei pianeti, delle stelle e delle galassie, la gravità domina su tutto: controlla la struttura del cosmo. Ma non ha alcun ruolo pratico su scala atomica*” (Jim Al-Khalili, *Il mondo secondo la fisica*, trad. di L. Servidei, Bollati Boringhieri, Torino, 2020, 40).

[83] Corte cost. 3 dicembre 2020, n. 258, nonché sentenze n. 106 del 2020, n. 286 del 2019, n. 148 del 2019, n. 86 del 2019 e n. 177 del 2018.

[84] Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2020, n. 3696 (in tema di eolico); Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2983 (in tema di fotovoltaico, secondo la quale la comparazione non avverrebbe tra tutela del paesaggio “rispetto ad un mero interesse economico, bensì con riferimento all’interesse pubblico alla realizzazione degli impianti FER”).

[85] Per un’analisi puntuale di questi documenti si veda G. Severini, U. Barelli, *Gli atti fondamentali dell’Unione europea su “transizione ecologica” e “ripresa e resilienza”: prime osservazioni*, pubblicato nel sito della Giustizia amministrativa, 22 aprile 2021. I sei indicatori ambientali e il principio «non arrecare un danno significativo» enunciati nel regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili non hanno nessun riferimento al paesaggio e al patrimonio storico e artistico. Principi, questi, fatti propri dal regolamento (UE) 2021/241 che “istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza”.

[86] È significativo il fatto che il progetto di riforma normativa per la razionalizzazione del consumo di suolo sia praticamente già fallito. Il testo unificato dei disegni di legge recanti *Misure per la rigenerazione urbana* A.S. n. 1131, 985, 970, 1302, 1943, 198AS n. 1131 è bloccato nelle commissioni riunite 9ª (Agricoltura e produzione agroalimentare) e 13ª (Territorio, ambiente, beni ambientali) del Senato. *Rigenerazione urbana, Ddl sommerso da critiche e 2mila emendamenti*, titola Il Sole 24 Ore del 27 aprile 2021, pag. 9, e riferisce che “il Ddl era stato sommerso da critiche delle imprese (Confindustria, Ance, Assoimmobiliare), della Conferenza delle Regioni e dell’Anci. Critiche anche Inu e Legambiente”. È evidente che la politica non ha nessuna intenzione seria di limitare il consumo di suolo. È al contrario probabile che, dopo il Covid-19, l’idea sia quella di alimentare e di spingere la ripresa e la crescita con la solita espansione dell’edilizia e del consumo di territorio e di paesaggio.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1970 – 6 ottobre 2021

Legittimazione, accertamento e risarcimento: il punto sulla capacità delle associazioni esponenziali (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 28 maggio 2021 n. 4116)

di Silvia Casilli

Sommario: 1. Premessa: i fatti di causa e il ricorso al Consiglio di Stato – 2. La soluzione della Sezione Terza – 3. Interessi diffusi e collettivi: approdi in tema di legittimazione (soggettiva) ad agire delle associazioni (Ad. Plen. n. 6/2020). La funzione tutoria dell'interesse collettivo come interesse proprio dell'associazione di consumatori – 4. Sulla legittimazione (oggettiva) delle associazioni: azioni di accertamento e annullamento.

1. Premessa: i fatti di causa e il ricorso al Consiglio di Stato.

Con la sentenza n. 4116 del 2021, la Terza Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata in tema di legittimazione a ricorrere in capo alle associazioni esponenziali di utenti e consumatori affermando, coerentemente con i più recenti ed ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali^[1], l'ammissibilità dell'azione di accertamento, proposta da un'associazione a tutela dei consumatori, essenzialmente volta a verificare l'illegittimità del comportamento asseritamente omissivo dell'amministrazione per i danni causati dalla commercializzazione e dall' utilizzo delle protesi mammarie di gel di silicone.

La vicenda contenziosa trae origine dal ricorso presentato davanti al Tar Lazio dalle due associazioni, Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori (di seguito "Codacons") e Associazione Italiana per i Diritti del Malato e del Cittadino (di seguito "AIDMA"), nonché da alcune persone fisiche, le quali

chiedevano la condanna dei Ministeri della Salute e dello Sviluppo Economico al risarcimento dei danni asseritamente derivati dall'omesso esercizio dei poteri di vigilanza sulla commercializzazione dei presidi sanitari.

A sostegno della domanda, le associazioni allegavano che il responsabile per i dispositivi medici aveva comunicato al Ministero della Salute di aver sospeso la commercializzazione e distribuzione dei presidi a seguito di un'ispezione presso lo stabilimento di produzione – da cui erano emerse difformità rispetto al procedimento di autorizzazione all'immissione in commercio – originata dall'incremento della segnalazione di incidenti; il Ministero della Salute disponeva di conseguenza il ritiro di tutti i dispositivi medici, invitando il distributore italiano del prodotto a ritirarlo dal mercato.

Le parti ricorrenti lamentavano di aver subito, per effetto del comportamento della società produttrice delle protesi, ma anche e soprattutto in ragione dell'omissione di controllo da parte dei Ministeri, ingenti pregiudizi anche di natura non patrimoniale, per cui chiedevano la condanna degli enti resistenti al risarcimento dei danni.

Costituitisi in giudizio i Ministeri, il Tar Lazio[2] dichiarava parzialmente inammissibile il ricorso, con riferimento alla sola domanda proposta dalle due associazioni ricorrenti, e lo respingeva nel merito, poiché infondato, con riguardo alle parti ricorrenti e alle persone fisiche. In particolare, venivano differenziate le posizioni dell'AIDMA e del Codacons. Per la prima, il Tar ravvisava una carenza di legittimazione attiva, e soggettiva, motivata in ragione della mancata iscrizione[3] nell'elenco delle associazioni di consumatori ed utenti previsto dall'art.137 comma 1 del Codice del consumo[4]. Per quanto riguarda il Codacons, invece, il Tar ha sostenuto che la legittimazione al ricorso prevista dal Codice del consumo riguardasse esclusivamente la proposizione di domande di annullamento di atti e non potesse estendersi anche alle azioni risarcitorie, dal momento che la pretesa patrimoniale inerisce a situazioni individualizzabili, riferite alle posizioni dei singoli danneggiati e, non già alla lesione subita dalle due associazioni in sé considerate.

Dunque, a titoli diversi, ma entrambe le associazioni sarebbero prive di legittimazione ad agire, soggettiva in un caso, oggettiva nell'altro.

Avverso la sentenza proponevano appello Codacons e AIDMA, sostenendo nuovamente la sussistenza della responsabilità concorrente e solidale dei Ministeri per omessa vigilanza sui prodotti risultati dannosi e ribadendo la propria legittimazione attiva, nonché la fondatezza della pretesa risarcitoria azionata.

2. La soluzione della Sezione Terza.

Il Collegio ha ritenuto l'appello in parte fondato.

Affrontata, seppur con un *obiter dictum* dal momento che il difetto era stato sollevato tardivamente ed irrualmente, la questione sulla giurisdizione[5], la decisione della Terza Sezione del Consiglio di Stato ha poi fornito importanti risposte sulla questione della legittimazione attiva delle associazioni ricorrenti.

Le appellanti avevano contestato, in sede di ricorso al Consiglio di Stato, la dichiarazione di difetto di legittimazione attiva dell'AIDMA, incentrata, secondo il Tar, sulla mancata iscrizione nel registro di cui all'art. 137 del Codice del consumo. Il Collegio ha accolto la ricostruzione delle appellanti, perfettamente coerente con la sua stessa giurisprudenza, culminata con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 6/2020, secondo la quale l'iscrizione nel registro delle associazioni dei consumatori non costituisce condizione ineludibile ai fini della legittimazione degli enti portatori di interessi collettivi, ben potendo le associazioni di categoria interessate dare dimostrazione di possedere quegli indici univoci e chiari delineati dalla giurisprudenza e da ultimo confermati dalla stessa Adunanza[6]. Dunque, la mancata iscrizione nel registro dei consumatori non può, per mero automatismo, comportare l'assenza della legittimazione ad agire, ma deve verificarsi, come d'altronde era già previsto prima dell'introduzione dell'art. 137 Codice del consumo, la sussistenza effettiva dei citati criteri.

In sostanza, se l'iscrizione nel registro comporta certamente una presunzione *iuris et de iure* ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire degli enti collettivi, al contrario, la mancanza dell'iscrizione non impedisce di riconoscere la medesima legittimazione in capo ad enti che siano comunque in possesso di adeguati indici di rappresentatività della categoria.

Sotto un diverso profilo si pone, invece, la questione inerente alla legittimazione oggettiva del Codacons. La sentenza impugnata, infatti, aveva fondato, in secondo luogo, la pronuncia di inammissibilità sul fatto che, pur riconosciuta la legittimazione a ricorrere[7] sotto il profilo soggettivo, quest'ultima dovesse riguardare solo la proposizione di azioni dirette all'impugnazione di atti, non potendosi dunque estendere anche a domande risarcitorie. In particolare, la sentenza impugnata affermava che le Associazioni non potessero chiedere il risarcimento del danno spettante ai singoli utenti, in quanto si sarebbe venuta così a realizzare un'inammissibile sostituzione processuale; d'altra parte, non potrebbero far valere, in proprio, alcuna pretesa risarcitoria, perché il pregiudizio descritto riguarda esclusivamente la lesione delle posizioni giuridiche dei singoli.

Pur ritenendo tali premesse condivisibili, il Collegio ha ritenuto ammissibile la domanda proposta dalle due associazioni, riqualificandola, tuttavia, sul piano sostanziale, come "*azione di accertamento dell'illegittimità dell'inerzia della amministrazione*" il cui carattere, oltre che rispondere al principio di effettività della tutela, risulterebbe anche dal tema decisorio introdotto dalle ricorrenti, nonché dalle posizioni assunte dalle parti resistenti.

Dunque, un "*interesse all'accertamento del mancato esercizio del potere di controllo*", volto a verificare l'illegittimità del comportamento, asseritamente omissivo, dei Ministeri.

L'interesse e la legittimazione delle associazioni ricorrenti sussistono, ma vengono ancorati esclusivamente all'azione di accertamento; quest'ultima potrà poi eventualmente fungere da presupposto per la responsabilità risarcitoria delle amministrazioni e, sempre che i singoli utenti possano effettivamente beneficiare degli effetti del giudicato[8], costituire la base per ulteriori iniziative nei riguardi delle soccombenti. Si legge infatti che "*la prospettata dimensione generale della lamentata violazione e la sua attitudine a coinvolgere una pluralità di soggetti giustifica la legittimazione degli enti esponenziali della categoria all'esercizio di un'azione diretta all'accertamento della violazione, costituente il presupposto (necessario, ancorché non sufficiente) della responsabilità risarcitoria delle amministrazioni convenute*".

Tale pronuncia si colloca nella scia di quella, già citata, dell'Adunanza Plenaria^[9], riconoscendo in capo agli enti associativi esponenziali una legittimità generale in ordine alla tutela degli interessi collettivi, anche in assenza di una previsione di legge che espressamente autorizzi l'esercizio dei relativi strumenti.

Diverse sono le questioni rilevanti affrontate, seppur talvolta implicitamente, dalla sentenza in commento. Il nodo centrale, attinente alla legittimazione, sembrerebbe apparentemente incontrare dei limiti nel generale divieto di sostituzione processuale, sancito dall'art. 81 c.p.c., e nelle norme del Codice del consumo. Il Codice del consumo prevede, infatti, che gli enti esponenziali in possesso dei requisiti di rappresentatività di cui all'art. 137 possano iscriversi nell'elenco delle associazioni rappresentative a livello nazionale, legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti (art. 139). Dette associazioni sono titolate ad invocare provvedimenti inibitori di comportamenti lesivi, nonché ad esercitare azioni riparative del danno subito (art. 140). Proprio a partire dal dato letterale dell'art. 140 Codice del consumo, si è sviluppato un orientamento giurisprudenziale che sostiene la tassatività sia delle ipotesi di legittimazione straordinaria degli enti esponenziali, sia delle azioni esperibili, in relazione alle quali, a detta di tale indirizzo, sarebbe sempre necessaria un'espressa previsione di legge.

Si reputa, pertanto, opportuno soffermarsi di seguito su questi aspetti.

3. Interessi diffusi e collettivi: approdi in tema di legittimazione (soggettiva) ad agire delle associazioni (Ad. Plen. n. 6/2020). La funzione tutoria dell'interesse collettivo come interesse proprio dell'associazione di consumatori.

Aspetto preliminare nella risoluzione delle questioni poste, e tutt'altro che secondario, è quello attinente agli interessi collettivi ed al loro strettissimo legame, tale da valere a qualificarli, con la sussistenza di un ente esponenziale di un gruppo non occasionale. In assenza di un ente che sia predisposto per la loro tutela, non potrà più parlarsi di interessi collettivi, ma semplicemente di interessi diffusi, interessi di mero fatto non tutelabili giuridicamente, a carattere adespota, riferibili in modo indistinto ad una collettività di soggetti^[10].

La questione definitoria circa l'interesse collettivo e la sua distinzione rispetto agli interessi diffusi, non è sempre di agevole risoluzione, dal momento che spesso le due espressioni vengono usate promiscuamente, ma è, tuttavia, essenziale scioglierla, perché è proprio sul riconoscimento degli interessi collettivi che si fonda la pronuncia in esame, confermando ancora una volta il superamento della teoria che ancora la legittimazione ad una specifica previsione normativa.

La Terza sezione, collocandosi nel solco dell'orientamento tradizionale, cd. "del doppio binario", abbracciato da ultimo dalla citata Ad. Plen. n. 6/2020 riconosce la legittimazione generale ad agire in capo alle associazioni, superando il contrasto giurisprudenziale interno allo stesso Consiglio di Stato sorto in passato^[11].

La legittimazione a ricorrere in capo alle associazioni di consumatori e utenti deve dunque desumersi, laddove presente, da un riconoscimento legislativo (quale l'iscrizione nel pubblico

registro di cui all'art. 127 del Codice del consumo), ma, in assenza di esplicita tipizzazione legislativa, deve ricavarsi dal possesso dei requisiti a tal fine individuati dalla giurisprudenza[12]. Si fa riferimento, in particolare, a degli “indici di selezione”[13] consistenti: nel fine istituzionale statutario di protezione di un bene a fruizione collettiva; nell'assetto organizzativo dell'ente che deve essere adeguato rispetto al raggiungimento del fine, e che deve comunque presentare il carattere della stabilità e rappresentatività della collettività di riferimento; infine, l'organismo deve essere portatore di un interesse localizzato, in altre parole deve esserci un collegamento territoriale tra l'area di afferenza dell'attività dell'ente e la zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa[14].

Ne consegue l'inesistenza di qualunque automatismo tra la mancata iscrizione nel registro dei consumatori e l'assenza della legittimazione ad agire. Semplicemente, accanto alla legittimazione straordinaria di matrice legislativa, ve ne è una di carattere generale che si giustifica in ragione delle caratteristiche dell'azione giurisdizionale amministrativa e della funzione di tutela dell'interesse collettivo che, per la loro natura stessa, le associazioni sono chiamate a svolgere[15].

È evidente una chiara preferenza del giudice amministrativo per l'associazionismo come canale legittimante principale per la tutela degli interessi degli utenti e consumatori. Non a caso la Plenaria cui la sentenza in commento espressamente rimanda, opera un'approfondita ricostruzione dell'interesse collettivo inteso come risultato della “*cd. collettivizzazione dell'interesse diffuso a mezzo della sua entificazione*”.

Tuttavia, la distinzione tra le due espressioni, interesse collettivo e diffuso, non è così agevole, tenuto anche conto del fatto che spesso la stessa dottrina e giurisprudenza fa ricorso indistintamente all'uno o all'altro termine oppure fa ricorso ad espressioni onnicomprensive, quali quelle di “interessi superindividuali” o “sovraindividuali” oppure ancora “metaindividuali”. Se tradizionalmente, e perlomeno in teoria, gli interessi collettivi si distinguono da quelli diffusi, in quanto sono pertinenti ai membri di una collettività definita e sono al contempo interessi propri della collettività per mezzo del gruppo organizzato che ne diviene portatore[16], nella pratica la questione definitoria si fa più complessa; proprio per questa ragione sembra essenziale prevedere il doppio binario di accesso alla tutela, per evitare che vengano a crearsi delle lacune in quei casi, come quelli previsti dal codice del consumo, in cui gli interessi in questione sembrano assumere più la connotazione di interessi diffusi, posto che consumatori ed utenti comprendono al loro interno soggetti legati da un'aggregazione solo occasionale, che formano un gruppo dalla conformazione indefinita e al cui interno si conservano chiaramente le diverse individualità[17].

Non a caso può riconoscersi un vero e proprio percorso di progressivo innalzamento della tutela degli interessi diffusi o “adespoti”, radicata negli artt. 2 e 118 Cost.: in prima battuta con il riconoscimento, operato in via legislativa, della titolarità degli interessi diffusi in materia ambientale in capo alle associazioni ambientaliste, e successivamente per mezzo dell'orientamento consolidatosi in seno alla giurisprudenza. Si tratta, sostanzialmente, di un processo volto a riequilibrare lo squilibrio dei rapporti tra privati ed il potere pubblico, nell'ottica di un innalzamento delle garanzie nei confronti dell'Amministrazione e della piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. comma 4 quale strumento di resistenza contro il rischio di una regressione in termini di tutela[18].

È evidente che in base alla nozione stessa di interesse collettivo, la critica alla teoria del doppio binario, imperniata sulla presunta violazione dell'art. 81 c.p.c. perde completamente di consistenza. È lo stesso processo di soggettivizzazione dell'interesse che lo rende imputabile all'ente esponenziale che, di conseguenza, è legittimato all'immediata impugnazione delle disposizioni ritenute lesive di siffatto interesse collettivo. Se si riconosce l'interesse collettivo come "*sintesi e sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria*" [19], che viene a dotarsi della protezione propria dell'interesse legittimo[20] ai fini dell'azionabilità in giudizio, totalmente inconferente appare di conseguenza la sostituzione processuale.

Quanto, infine, al profilo strettamente consumeristico, altro elemento – letto congiuntamente al principio generale di divieto di sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c. – al fine di escludere la legittimazione soggettiva delle ricorrenti, ci viene in soccorso il dato della lettura sistematica della nuova disciplina del titolo VIII bis c.p.c., in cui sono confluiti gli art. 139 e 140 del Codice del consumo. Secondo il Supremo Consesso è la stessa conformazione della nuova *class action* civilistica, esperibile ex art. 840 bis c.p.c. in generale da tutti coloro che lamentano una violazione di diritti individuali omogenei, a testimoniare una graduale espansione (da iscriversi in quel discorso di percorso progressivo di innalzamento della tutela degli interessi diffusi *ut supra*) verso la dimensione collettiva di tutte quelle situazioni omogenee e seriali emergenti nell'ambito del consumo[21].

4. Sulla legittimazione (oggettiva) delle associazioni: azioni di accertamento e annullamento.

Appurata la sussistenza della legittimazione soggettiva delle dette associazioni, sorge però, consequenzialmente, il problema di individuare la tipologia di azioni esperibili. Quanto alla legittimazione oggettiva, la Terza sezione conferma quanto statuito dal Tar Lazio, ritenendo inammissibile la proposizione di una domanda risarcitoria, dal momento che il pregiudizio, nel caso di specie, riguarda esclusivamente la lesione delle posizioni giuridiche dei singoli e che verrebbe altrimenti a crearsi, in questo caso sì, un'inammissibile sostituzione processuale. La domanda delle ricorrenti viene, dunque, ritenuta ammissibile, ma solo se riqualificata come domanda di accertamento.

Tale riqualificazione potrebbe destare dei dubbi, ma nel caso di specie non sembra esserci alcun vizio di ultrapetizione del Collegio, che motiva come di fatto vi fosse uno scollamento tra la tutela risarcitoria, formalmente richiesta dalle ricorrenti, e quella di accertamento, sostanzialmente risultante dal tema decisorio introdotto dalle ricorrenti, nonché dalla posizione e dalle eccezioni assunte dalla parte resistente. Quello delle associazioni[22] è di fatto un interesse all'accertamento del mancato esercizio del potere di controllo, "*ossia un interesse a verificare che la P.A. ha errato nel non esercitare i doverosi controlli*". Le associazioni avrebbero allora esercitato un'azione volta ad accertare la violazione di doveri istituzionali da parte dei Ministeri. Ed è proprio la dimensione generale della violazione lamentata, per sua attitudine incline a coinvolgere una pluralità di soggetti, a giustificare la legittimazione degli enti esponenziali all'esercizio dell'azione diretta all'accertamento della violazione; accertamento che costituisce il "*presupposto (necessario, ancorché non sufficiente) della responsabilità risarcitoria delle amministrazioni convenute*".

Dunque, non domanda risarcitoria, ma domanda di accertamento, che possa costituire la base per l'attivazione di ulteriori iniziative nei riguardi delle amministrazioni da parte dei singoli utenti e consumatori, senza che per questo sia scalfito l'interesse^[23] e la legittimazione delle associazioni alla proposizione della domanda di mero accertamento^[24].

Se la pronuncia in esame ha definitivamente e ulteriormente chiarito il discorso della legittimazione soggettiva, quanto alla tipologia delle azioni esperibili, la sentenza si arresta però al riconoscimento dell'esperibilità azione di accertamento e, al più, mediante il rinvio alla Plenaria del 2020, di quella di annullamento. È evidente che nel caso di specie, dovendosi verificare l'illegittimità del comportamento omissivo dei Ministeri, non sussiste alcun interesse all'esperimento dell'azione di annullamento, ma è bene tuttavia ricordare che la legittimazione in seno agli enti esponenziali in tal senso è stata pacificamente riconosciuta dal Supremo Consesso consacrando l'intervento del legislatore in materia ambientale che consente alle associazioni ambientaliste di *“intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi”*^[25].

Deve allora necessariamente superarsi quell'orientamento che, argomentando della mancata espressa previsione nell'ambito del codice del consumo dell'azione di annullamento di provvedimenti amministrativi, e postulata la tassatività delle azioni esperibili dalle associazioni a tutela dei consumatori, porta a dubitare della legittimazione generale di queste in ordine alla tutela di interessi collettivi. Una volta “legittimata” l'associazione, sia che la legittimazione scaturisca dalla legge che dal possesso dei cd. indici di selezione menzionati, questa sarà abilitata a esperire tutte le azioni eventualmente indicate nel disposto legislativo e comunque certamente l'azione di annullamento.

Ed anzi, privare gli enti esponenziali di tale tutela, configurando una legittimazione selettivamente limitata quanto al diritto di azione, significherebbe garantire una tutela solo “monca”, privando di conseguenza la situazione soggettiva dell'ordinario diritto di derivazione costituzionale che le è proprio. La naturale conseguenza di una legittimazione solo straordinaria, e soprattutto tipizzata strettamente dal punto di vista delle azioni esperibili, comporterebbe inevitabilmente una frustrazione dell'art. 24 Cost., spezzando quell'irrinunciabile legame tra titolarità della situazione soggettiva sostanziale e accesso al giudice^[26].

[1] Culminati, tra tutte, nella pronuncia Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020 n. 6. Tale sentenza paradigmatica, baluardo del progresso giurisprudenziale raggiunto, è ben salda nel dimostrare che l'evoluzione del dato normativo positivo non può in alcun modo comportare una diminuzione della tutela (cfr. P.L. Portaluri, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 136)

[2] Nel solco dell'orientamento giurisprudenziale, il cui caposaldo può rinvenirsi in Cons. stato, Sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303, che contrappone a quello tradizionale la specialità di una legittimazione a ricorrere tassativamente prevista nei soli casi indicati dalla legge.

[3] Che risulterebbe, secondo il Tar, requisito ineludibile affinché vi sia legittimazione a ricorrere e resistere in giudizio per la tutela degli utenti dei servizi.

[4] Per maggiore immediatezza si continuerà a fare riferimento agli articoli 137, 139 e 140 del Codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206; si tenga però in considerazione che tali articoli sono oggi trasposti nel nuovo titolo VIII bis del libro quarto del codice di procedura civile, in materia di azione di classe, per effetto della legge 12 aprile 2019, n. 31.

[5] I Ministeri convenuti avevano, infatti, sollevato la questione inerente al difetto di giurisdizione con semplice eccezione formulata in memoria e, dunque, irritualmente rispetto a quanto prescritto dall'art. 9 cpa, che pone in capo alle parti l'onere di far valere il difetto di giurisdizione mediante la proposizione di uno specifico motivo di gravame, potendosi rilevare tale difetto d'ufficio solo nel primo grado di giudizio (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, sentenza 29 aprile 2019 n. 2697).

Per tale motivo, nella sentenza in esame la Terza Sezione ritiene, in mancanza di tempestivo appello incidentale, di non poter esaminare la questione, chiarendo però poi, tuttavia, che in un caso analogo il Tar Lazio aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Tale decisione richiama consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenze nn. 6324/2020, 15916/2005 e 3134/2001) che ha qualificato come diritto soggettivo la posizione di chi lamenta un danno da omessa vigilanza, poiché non vi è alcuna relazione diretta tra la situazione giuridica vantata e il potere amministrativo dell'Autorità istituzionalmente titolare della relativa funzione. Apparterrebbe, pertanto, “*alla giurisdizione ordinaria la cognizione delle controversie riguardanti le pretese risarcitorie correlate all'omessa vigilanza da parte di organismi istituzionalmente preposti a funzioni di controllo e regolazione di particolari settori economici?*” (Cons. Stato, Sez. III, 28 maggio 2021 n. 4116, p. 6).

[6] Nel dettaglio, i criteri elaborati dalla giurisprudenza impongono di accertare la sussistenza della legittimazione delle associazioni (che non lo siano già *ex lege*) con riguardo alla sussistenza di tre presupposti: gli organismi devono perseguire statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela del bene a fruizione collettiva, devono possedere un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e devono avere un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa (*ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, sentenza del 16 febbraio 2010 n. 885).

[7] Riferendosi essenzialmente solo al Codacons, avendo ritenuto l'AIDMA carente di legittimazione in sé in quanto non iscritta al registro di cui all'art. 137, come richiesto dall'art. 140 del Codice del consumo.

[8] Deve verificarsi in concreto se il giudicato sia direttamente azionabile dal singolo utente; come si ricava dall'applicazione analogica dell'art. 2909 c.c., la tutela di mero accertamento dispiega la propria efficacia *inter partes*, per cui, diversamente da quanto accade rispetto alla sentenza di annullamento, efficace *erga omnes*, chi non sia parte non rimane pregiudicato dalle statuizioni della sentenza, né può giovare dei suoi effetti favorevoli.

[9] Cfr. ancora Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020 n. 6.

[10] Nel momento in cui un gruppo omogeneo (e non occasionale) si organizza in un ente esponenziale, questo diviene il centro di imputazione di un interesse metaindividuale, il quale “*è, per un verso, astrattamente riferibile a ciascuno degli individui facenti parte del gruppo sociale che si riconosce nel soggetto collettivo, mentre, per altro verso, risulta, per così dire, sottratto alla sfera di disponibilità del singolo, in quanto si radica nel soggetto collettivo medesimo che ne diviene l'esclusivo titolare e portatore nel giudizio amministrativo*” (R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi – ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *E. d. D.*, 487).

[11] Si veda Cons. stato, Sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303.

[12] È evidente la differenza, in termini di ricadute applicative, tra quella concezione “*iperpositivistica – per cui il diritto di ricorso può derivare solo da una norma che, concernendo un bene della vita, individui in modo intenzionale il destinatario della protezione da essa assicurata nella fruizione del bene stesso*” e quella che invece legittima in via giurisprudenziale soggetti “*terzi*”, che, in base al semplice dato normativo, sarebbero privati dell'accesso alla tutela. Si rinvia sul punto, per una trattazione accurata, a P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 122 ss.

[13] Espressione adoperata in tal senso da A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1145.

[14] È evidente la genesi, da far risalire alle fattispecie di tutela ambientale, di quest'ultimo requisito (criterio cd. della *vicinitas*). È proprio quest'ultimo aspetto, come si legge in P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, cit., 123, a risultare paradigmatico come fattore genetico della legittimazione processuale: quello della *vicinitas* è un dato metanormativo, fattuale, ma che viene ritenuto dal giudice sufficiente per l'ammissibilità del ricorso, purché vi sia anche la prova di un concreto pregiudizio derivante dall'atto gravato.

[15] Sul riequilibrio del rapporto tra “generalità” e “specialità” della legittimazione a ricorrere si legga S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra “generalità” e “specialità”*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020 n. 6, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 4, 520 ss.

[16] C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 39.

[17] Sul carattere sia collettivo che individuale delle figure giuridiche del consumatore e dell'utente si legga S. Mirate, *La figura del cittadino utente/consumatore*, in P. Cendon, C. Pongibò, *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014, 535 ss.

[18] Sul ruolo che il principio di sussidiarietà orizzontale ha rivestito nella citata pronuncia della Plenaria, quale fonte di accesso al giudizio, nonché sulle sue “*potenzialità fortemente innovative*”, si rimanda ancora a P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, cit., 143 ss.

[19] Ad. Plen. n. 6/2020 punto 6.2.

[20] Sulle criticità scaturenti dall'equiparazione con l'interesse legittimo, dalla ricostruzione a carattere ibrido a metà tra l'interesse pubblico e quello legittimo e dai pericoli della prassi creativa del giudice amministrativo in merito alle posizioni soggettive si legga G. Mannucci, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020 n. 6, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 4, 529 ss.

[21] S. Mirate, *La figura del cittadino utente/consumatore: profili pubblicistici*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1, 40 ss.

[22] Si legge nella sentenza in commento alle pagine 9 e 10.

[23] Si legge ancora nella sentenza in commento “*Se è vero che le associazioni dei consumatori non possono intentare azioni risarcitorie di classe, né avanzare azioni risarcitorie per se stesse, nulla esclude tuttavia – come del resto può trarsi argomento sistematico dall'art. 34 del c.p.a. – che tali enti possano avere interesse all'accertamento dell'illegittimità degli atti o delle omissioni delle amministrazioni per l'interesse della categoria*”.

[24] E al più di annullamento, come sancito dalla già citata Ad. Plen. n. 6/2020.

[25] Art. 18 comma 5 della legge n. 349 del 1986 (comma sopravvissuto all'abrogazione disposta dall'art. 318 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), istitutiva del Ministero dell'Ambiente.

[26] Sulla configurazione della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo in rapporto al tema delle azioni giurisdizionali si legga C. Cudia, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 2, 393 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2048 – 30 novembre 2021

Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata e vaccinazione Covid-19 (nota a Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)

di Alice Cauduro

Sommario: 1. La vaccinazione Covid-19 tra obbligo e raccomandazione - 2. Le autorizzazioni all'immissione in commercio condizionate - 3. Sul rapporto rischio-beneficio individuale e collettivo.

1. La vaccinazione Covid-19 tra obbligo e raccomandazione

La pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045 affronta il tema dell'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari previsto dall'art. 4, d. l. n. 44 del 2021, conv. con mod. in l. n. 76 del 2021. Le argomentazioni del giudice d'appello si inseriscono nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale che, di recente, in occasione del giudizio di legittimità costituzionale del c.d. decreto Lorenzin[1], ha ripercorso l'evoluzione della disciplina in tema di vaccinazioni, evidenziando come nel tempo la scelta del legislatore di obbligare piuttosto che raccomandare una certa vaccinazione sia dipesa (ragionevolmente) dalla maggiore o minore adesione spontanea alla pratica vaccinale in quel dato momento storico[2]. La legge impositiva di un trattamento sanitario non contrasta con l'art. 32 Cost. [3] se il trattamento ha come obiettivo non solo la salute del soggetto obbligato, ma anche degli altri individui; se è prevedibile che il trattamento non sia negativo per la salute individuale oltre la normale tollerabilità; se è prevista la corresponsione dell'indennizzo[4]. Il giudizio di legittimità costituzionale della legge sull'indennizzo da vaccinazioni ha evidenziato che l'obiettivo di profilassi delle malattie infettive a cui tendono sia gli obblighi sia le raccomandazioni è quello di garantire «la tutela della salute (anche) collettiva, attraverso il

raggiungimento della massima copertura vaccinale»[5]. Nella pronuncia qui commentata il Consiglio di Stato si riferisce al dovere solidaristico (art. 2 Cost.) affermando che la legge sulle vaccinazioni, quali strumenti di profilassi collettiva, è «tutela dei più vulnerabili» e realizza la tutela della salute intesa non solo come diritto fondamentale dell'individuo ma anche come interesse della collettività (art. 32 Cost.).

2. Le autorizzazioni all'immissione in commercio condizionate

Secondo i ricorrenti la rapidità con cui sarebbero stati resi disponibili i vaccini per il contrasto del Covid-19 non avrebbe consentito di raggiungere quelle condizioni di sicurezza e di efficacia che sono necessarie per prevedere come obbligatoria una vaccinazione (art. 32 c. 2 cost.); i vaccini in uso sarebbero ancora in fase di sperimentazione, quindi non sarebbero sicuri, e prova ne sarebbe il fatto che la loro autorizzazione è stata rilasciata in forma condizionata. Sulla questione si è già espresso un Tribunale amministrativo regionale affermando che l'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata «si colloca a valle delle usuali fasi di sperimentazione clinica che precedono l'immissione in commercio di un qualsiasi farmaco, senza alcun impatto negativo sulla completezza e sulla qualità dell'*iter* di studio e ricerca»; si tratta di «uno strumento collaudato e utilizzato già diverse volte prima dell'emergenza pandemica»[6]. Il Consiglio di Stato, in linea con questo orientamento, dedica diversi passaggi argomentativi alla questione della procedura di autorizzazione per l'immissione in commercio condizionata dei vaccini Covid-19 affermando che non è una procedura utilizzata per la prima volta per l'attuale emergenza sanitaria; non condividendo perciò né l'idea che i vaccini autorizzati con questa procedura siano ancora in fase di sperimentazione, né che mancherebbero dati sulla loro efficacia e sicurezza. Infatti, «l'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata non è una scorciatoia incerta e pericolosa escogitata *ad hoc* per fronteggiare irrazionalmente una emergenza sanitaria come quella attuale, ma una procedura di carattere generale, idonea ad essere applicata - e concretamente applicata negli anni passati, anche recenti, soprattutto in campo oncologico - anche al di fuori della situazione pandemica, a fronte di necessità contingenti (non a caso la lotta contro i tumori ne è il terreno elettivo)»; respinge perciò l'affermazione secondo cui i vaccini sarebbero “sperimentali”, come anche ogni dubbio sulla loro efficacia e/o sicurezza.

L'affermazione secondo cui la sicurezza non è incisa dal carattere condizionato dell'autorizzazione trova riscontro nella disciplina sulla circolazione dei farmaci e in specie in quella sulle autorizzazioni all'immissione in commercio[7]. Nella cornice normativa europea di regolazione della circolazione dei farmaci delineata dal *codice comunitario relativo ai medicinali ad uso umano*[8], la disciplina dell'autorizzazione all'immissione in commercio trova riferimento nel regolamento che *istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea dei medicinali*,[9] nonché in quello relativo *all'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei medicinali per uso umano*[10].

La disciplina delle autorizzazioni all'immissione in commercio dei medicinali nell'Unione europea prevede una valutazione continua del rischio-beneficio dei medicinali e, a tal fine, l'Agenzia europea dei medicinali può richiedere al titolare dell'autorizzazione - in ogni momento - di presentare dati a dimostrazione della persistenza del favorevole rapporto[11]; nell'attività di sorveglianza sulla sicurezza dei farmaci possono sempre rilevarsi nuovi dati in

grado di modificare le decisioni precedentemente assunte. La disciplina delle procedure autorizzatorie prevede, inoltre, che «in casi debitamente giustificati, per rispondere a esigenze mediche insoddisfatte dei pazienti, può essere rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio, prima della presentazione di dati clinici dettagliati, per medicinali volti a trattare, prevenire o diagnosticare malattie gravemente invalidanti o potenzialmente letali, a condizione che i benefici derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione superino il rischio dovuto al fatto che sono tuttora necessari dati supplementari. In situazioni di emergenza l'autorizzazione all'immissione in commercio di tali dati può essere rilasciata anche in assenza di dati preclinici o farmaceutici completi» (art. 14 bis, Regolamento CE 726/2004). L'autorizzazione condizionata può essere rilasciata quando «malgrado non siano forniti dati clinici completi in merito alla sicurezza e all'efficacia del medicinale siano rispettate tutte le condizioni richieste» (art. 4 par. 1, Regolamento CE 507/2006). Il Consiglio di Stato, dopo aver osservato che «il vaccino, come tutti i farmaci, non può essere considerato esente da rischi», chiarisce che la mancanza di completezza dei dati relativi a sicurezza ed efficacia non deriva dall'assenza o incompleta sperimentazione, ma dal fatto che determinati dati possono essere acquisiti solo successivamente. Si tratta di valutare quindi che i possibili effetti negativi, eventi avversi, derivanti dall'assunzione del farmaco non siano negativi oltre la normale tollerabilità che, specie nel caso dei vaccini, non va considerata solo in termini individuali, ma anche collettivi.

3. Sul rapporto rischio-beneficio individuale e collettivo

L'Agenzia europea dei medicinali può rilasciare autorizzazioni condizionate se: a) il rapporto rischio-beneficio del medicinale è positivo; b) è probabile che il richiedente possa in seguito fornire dati clinici completi; c) il medicinale risponde ad esigenze mediche insoddisfatte; d) i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione superano il rischio inerente al fatto che occorrono ancora dati supplementari (art. 4 par. 1, Regolamento CE 507/2006). Un'autorizzazione condizionata presuppone perciò che non esista già un trattamento soddisfacente e che i benefici, non solo individuali, ma anche per la salute pubblica, superino i rischi correlati alla necessità di acquisire dati supplementari. La questione dell'assunzione del rischio individuale e collettivo viene trattata dal Consiglio di Stato nel valutare l'idea che «in assenza di una certezza *assoluta* offerta dalla scienza circa la sicurezza dei vaccini anche nel lungo periodo, il legislatore dovrebbe lasciare sempre e comunque l'individuo libero di scegliere o meno il trattamento sanitario [...]»; questo assunto porterebbe ad «attendere irragionevolmente un tempo lunghissimo», con la «conseguenza paradossale che, nel rivendicare la sicurezza ad ogni costo, e con ogni mezzo, della cura imposta dal legislatore a beneficio di tutti, ne negherebbe però in radice ogni possibilità, paralizzando l'intervento benefico»; ciò sarebbe in contraddizione con la necessità di un intervento pubblico in via precauzionale^[12].

Le argomentazioni richiamate sono certamente di estremo interesse, anche al di là del caso di specie, e suggeriscono di considerare due ordini di questioni di portata generale: la prima relativa alla dimensione della valutazione del rapporto rischio-beneficio, la seconda con riguardo alla rilevanza della corretta informazione medico-scientifica ai fini di una diffusa adesione consapevole alla vaccinazione.

Riguardo alla dimensione della valutazione del rapporto rischio-beneficio va evidenziato che la prima condizione prescritta per il rilascio di un'autorizzazione condizionata (art. 4 par. 1, lett. a, Regolamento CE 507/2006) fa riferimento al rapporto rischio-beneficio che, per l'autorizzazione di ogni medicinale, attiene alla valutazione degli effetti terapeutici positivi del medicinale rispetto ai rischi - sia per la salute del paziente sia per la salute pubblica - connessi alla sua utilizzazione (art. 1, par. 28 bis, Direttiva 83/2001/CE). Se il rapporto rischio-beneficio è sempre valutato in sede di autorizzazione all'immissione in commercio in una dimensione non solo individuale, ma anche collettiva, nelle autorizzazioni condizionate si aggiunge un'ulteriore specifica valutazione benefici-rischi per la salute pubblica (art. 4 par. 1, lett. d, Regolamento CE 507/2006). Nei casi in cui le autorizzazioni condizionate riguardano i vaccini, l'intreccio di questi piani di valutazione forse appare più intricato perché la decisione richiede uno sforzo maggiore nel mantenere in equilibrio la duplice dimensione, individuale e collettiva, della tutela della salute. In effetti, un conto è valutare il rapporto rischio-beneficio per autorizzare in via condizionata un medicinale per la cura di malattie incurabili (ad es. un medicinale oncologico), altro è autorizzare in via condizionata un vaccino (come quello per il contrasto del virus Covid-19) seppure anch'esso incurabile. La differenza sta non solo nella diversa valutazione, ma anche nella percezione del rapporto rischio-beneficio. Per l'assunzione di un farmaco, infatti, si tratta di valutare gli effetti avversi a fronte dell'effetto benefico su una patologia di cui la persona-paziente è affetta; la difficoltà nel valutare il rischio-beneficio delle vaccinazioni "innovative", come in tutte le vaccinazioni, sta invece nel considerare il rischio per una persona sana di assumere un farmaco per la cura di una malattia di cui non è affetto in quel momento, ma che potenzialmente può contrarre o trasmettere.

Questa differenza tra assunzione di un farmaco e di un vaccino introduce la questione ulteriore, che il Consiglio di Stato non approfondisce, della rilevanza della corretta informazione medico-scientifica ai fini di una diffusa adesione consapevole alla vaccinazione. Se, infatti, ritornando all'esempio del farmaco innovativo oncologico, la corretta informazione è certo presupposto di un consenso informato prestato dal paziente, il quale tuttavia può trovarsi di fronte alla prospettiva di (non poter) scegliere di non curarsi o accettare gli eventi avversi del farmaco innovativo ignoti alla medicina, nelle vaccinazioni "innovative" la corretta informazione è non solo presupposto del consenso informato individuale, ma anche uno strumento di coinvolgimento nella tutela della salute come interesse della collettività. In questo caso, infatti, la corretta informazione non solo è in grado di superare la resistenza individuale alla vaccinazione, ma costituisce possibilità di comprensione della dimensione sovraindividuale in cui si colloca l'azione solidaristica dell'individuo che si sottopone alla vaccinazione.

[1] D. L. 7 giugno 2017, n. 73, conv. con mod. in legge 31 luglio 2017, n. 119.

[2] Cost., 18 gennaio 2018, n. 5.

[3] Per la letteratura sterminata sul diritto alla salute, qui per tutti, C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. Infort. Mal. Prof.*, 1961, I, 1 ss.; P. Vincenti Amato, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975; L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'amministrazione sanitaria*, a cura di R. Alessi, Milano, 1967; M. Luciani, voce *Salute*, in *Enc. giur. trecc.*, XXXII, 1998, Torino, 1 ss.; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F. G. Scoca, F. A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, ed. II, 2020, 39 ss. Si è

detto di recente che «la primaria rilevanza del bene giuridico protetto, cioè la salute collettiva, giustifichi la temporanea compressione del diritto al lavoro del singolo che non voglia sottostare all'obbligo vaccinale: ogni libertà individuale trova infatti un limite nell'adempimento dei doveri solidaristici imposti a ciascuno per il bene della comunità cui appartiene», Tar, Friuli Venezia-Giulia, sez. I, 10 settembre 2021, n. 261.

[4] Cfr. *ex plurimis*, Corte Cost., n. 258/1994; n. 307/1990.

[5] «[...] In questa prospettiva, incentrata sulla salute quale interesse (anche) obiettivo della collettività, non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione», Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 118, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, c.1, legge 25 febbraio 1992, n. 210 recante disposizioni in materia di indennizzo per danni da vaccinazioni.

[6] «I quattro prodotti ad oggi utilizzati nella campagna vaccinale sono stati invece regolarmente autorizzati dalla Commissione, previa raccomandazione dell'EMA, attraverso la procedura di autorizzazione condizionata [...] strumento collaudato e utilizzato già diverse volte prima dell'emergenza pandemica [...] La "sperimentazione" dei vaccini si è dunque conclusa con la loro autorizzazione all'immissione in commercio, all'esito di un rigoroso processo di valutazione scientifica e non è corretto affermare che la sperimentazione sia ancora in corso solo perché l'autorizzazione è stata concessa in forma condizionata. L'equiparazione dei vaccini a "farmaci sperimentali", dunque, è frutto di un'interpretazione forzata e ideologicamente condizionata della normativa europea, che deve recisamente respingersi», Tar, Friuli Venezia-Giulia, sez. I, 10 settembre 2021, n. 261.

[7] Sulle autorizzazioni all'immissione in commercio dei farmaci, specie in tema di procedura di mutuo riconoscimento, si rinvia a M. P. Genesin, *La disciplina dei farmaci*, in *Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 635 ss.; per l'autorizzazione all'immissione in commercio nell'ambito del tema dell'accesso al farmaco sia consentito rinviare a A. Cauduro, *L'accesso al farmaco*, Milano, 2017, 125 ss.

[8] Direttiva 2001/83/CE recepita con D. Lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

[9] Regolamento (CE) n. 726/2004.

[10] Regolamento (CE) n. 507/2006.

[11] Art. 16 par. 2, Regolamento (CE) n. 726/2004.

[12] Il Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045 parla della c.c. amministrazione precauzionale al punto 30.1. in diritto. Su rischio, incertezza e principio precauzionale in sanità si rinvia a R. Ferrara, *L'ordinamento in sanità*, cit., 13 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1818 – 23 giugno 2021

Concorrenza e giurisdizione: il caso R.A.I. Pubblicità (nota a T.A.R. Liguria, sez. II, 9 aprile 2021, n. 307)

di Fabiola Cimbali

Sommario: 1. Premessa - 2. La “vicenda” R.A.I. Pubblicità s.p.a. - 3. L'organismo di diritto pubblico: tratti distintivi ed elementi qualificanti - 4. L'impresa pubblica: connotati identificativi e fattori sintomatici - 5. Mercato e giurisdizione.

1. Premessa

I profili affrontati nella sentenza n. 307 emessa il 9 aprile 2021 dalla seconda sezione del T.A.R. Liguria confermano la complessità del quadro giuridico concernente gli strumenti mediante i quali si esplica l'intervento pubblico nell'economia, costituendo parimenti uno stimolante pretesto per soffermarsi sulle nozioni di “impresa pubblica” e di “organismo di diritto pubblico”^[1].

L'utilità di una riflessione a riguardo non è riconducibile a ragioni di carattere teorico, ma è legata all'esigenza di valutare le implicazioni che siffatta distinzione presenta sul piano applicativo, soprattutto per quanto concerne il rinvio alla disciplina sugli appalti pubblici ed al regime dell'evidenza pubblica.

La delimitazione dei confini definatori è fortemente condizionata dall'evoluzione che ha interessato la normativa nazionale e comunitaria di riferimento e da essa ne dipende la relativa imposizione ad “organismi” che, pur dotati di una “fisionomia” privatistica, mantengono una “impronta pubblicistica” sul piano dell'attività svolta.

Essa, inoltre, ha rilevanti conseguenze sulla tutela, specialmente sul radicamento della giurisdizione in capo al giudice amministrativo e sulla individuazione delle “regole processuali” cui dare attuazione nella singola fattispecie.

Per tale ragione, in un’ottica di ricostruzione della cornice ordinamentale, è indispensabile che la definizione dei profili contenutistici di “impresa pubblica” e di “organismo di diritto pubblico” avvenga alla luce della regolamentazione di settore culminata nell’ordinamento interno con l’adozione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice dei contratti pubblici).

D’altra parte, la ricomposizione dello scenario giuridico non può prescindere dal fare riferimento alla normativa comunitaria sugli appalti la cui *ratio* si rinviene nell’esigenza di assicurare il coordinamento e l’armonizzazione delle procedure di aggiudicazione, così da porre le basi per una concorrenza effettiva, idonea a garantire le libertà fondamentali per l’integrazione europea[2].

In questo quadro la scelta metodologica di “filtrare” siffatta indagine attraverso il prisma della giurisprudenza (nazionale e comunitaria) appare appropriata nella misura in cui sia funzionale a metterne in evidenza gli sviluppi per effetto delle intervenute modificazioni normative od anche di una rinnovata esegesi della vigente disciplina.

Le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza amministrativa nell’applicazione dei criteri comunitari ai “soggetti” che operano nel settore degli appalti pubblici si palesano in tutte le loro sfaccettature nella recente sentenza esaminata principalmente a proposito della possibilità di ricondurre R.A.I. Pubblicità s.p.a. nel novero degli organismi di diritto pubblico.

Il T.A.R. Liguria, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento adottato ad esito di una gara di appalto indetta da tale società (interamente partecipata dalla RAI – Radiotelevisione italiana s.p.a. con oggetto sociale la raccolta di pubblicità destinata ai programmi radio televisivi) l’ha qualificata come organismo di diritto pubblico con quanto ne consegue sulla disciplina sostanziale e processuale da applicare, nonché sulla scelta dell’autorità giurisdizionale innanzi alla quale incardinare la controversia per ottenere adeguata ed effettiva tutela.

2. La “vicenda” R.A.I. Pubblicità s.p.a.

Nel caso sottoposto al sindacato del T.A.R. Liguria - che ha sollecitato le riflessioni che seguono – il giudice amministrativo ha assunto la sua decisione ad esito di un processo promosso dalla Publi Level s.r.l. allo scopo di ottenere l’annullamento del provvedimento adottato da R.A.I. Pubblicità s.p.a. riguardante l’affidamento ad altra società del servizio d’appalto per l’allestimento e la gestione in occasione del Festival di Sanremo 2019 di eventi collaterali e connessi alla manifestazione musicale organizzati da RAI – Radiotelevisione italiana s.p.a. e/o di cui quest’ultima era *partner*, nonché l’utilizzo della *location* di svolgimento di alcuni dei predetti eventi[3].

A detta richiesta si accompagnava quella di condannare RAI Pubblicità s.p.a. al risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente derivanti dal guadagno non realizzato, dal mancato arricchimento del curriculum professionale e dalla perdita di *chance*[4].

Dal punto di vista giuridico, le spiegate richieste venivano supportate adducendo distinti motivi di censura del provvedimento impugnato fondati sulla violazione di talune disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 e dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Segnatamente, dalla prima angolazione, veniva asserita l'inosservanza degli articoli 71,72 e 73 per non avere la resistente, in spregio ai principi di trasparenza e di pubblicità vigenti in materia di contratti pubblici, provveduto alla pubblicazione di alcun bando; nonché la violazione degli articoli 61 e 64, essendo stata negata a Publi Level s.r.l. l'assegnazione del prescritto termine minimo di trenta giorni di tempo per potere presentare l'offerta.

Dalla seconda prospettiva, veniva rilevata la "trasgressione" dei principi di correttezza, di non discriminazione e di parità di trattamento in quanto l'originaria mancanza di coinvolgimento nella procedura di affidamento era sprovvista di corredo motivazionale e basata su informazioni non verificate.

RAI Pubblicità s.p.a., costituitasi in giudizio, contestava l'applicazione delle regole sull'affidamento dei contratti pubblici sostenendo che la vicenda sulla quale si era innestata la controversia concernesse un contratto di diritto privato concluso da una società di capitali dedita al perseguimento di scopi tipicamente imprenditoriali. Sulla base di tale assunto negava la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo ed eccepiva, altresì, l'irricevibilità del ricorso in quanto proposto una volta scaduto il termine di trenta giorni decorrenti dal ricevimento della lettera di invito alla procedura. Contestava, infine, l'ammissibilità della richiesta risarcitoria ritenendola indeterminata e priva di adeguato supporto probatorio.

Il Tribunale amministrativo ligure si pronunciava sul ricorso dichiarandolo irricevibile in quanto proposto oltre i termini prescritti a tal uopo e rigettava la domanda risarcitoria considerandola indeterminata e non dimostrata in ordine non solo alla probabilità di ottenere l'affidamento dell'appalto, ma anche relativamente all'entità del pregiudizio sofferto.

Il percorso logico giuridico seguito dalla sentenza muoveva dall'inquadramento dell'attività posta in essere da un soggetto imprenditoriale che opera nel mercato delle comunicazioni commerciali. Ciò al fine di metterne in risalto le possibili implicazioni sulla natura giuridica della società ricorrente, sull'applicabilità della disciplina del Codice dei contratti pubblici e, quindi, sulla riconducibilità della controversia insorta nell'alveo della giurisdizione del giudice amministrativo.

Preso atto della tesi affermata dalla giurisprudenza amministrativa e dalla Corte di cassazione sull'ascrivibilità della "società madre" (RAI-Radiotelevisione italiana s.p.a.) alla categoria degli organismi di diritto pubblico, il T.A.R. adito si mostrava consapevole delle incertezze cui può dar luogo l'applicazione della c.d. "teoria del contagio"[5]. Per tali ragioni peraltro, attesa l'assenza di pronunce che facessero luce sulla qualificazione giuridica della società resistente in termini di amministrazione aggiudicatrice e sul conseguenziale obbligo di "impiegare" le regole dell'evidenza pubblica nella scelta dei contraenti, evidenziava l'importanza di verificare la sussistenza delle condizioni essenziali richieste per ricondurla nella predetta categoria[6].

Richiamato l'articolo 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50/2016 e formulate alcune considerazioni alla luce del dato normativo invocato, perveniva alla conclusione che RAI Pubblicità s.p.a. fosse un organismo di diritto pubblico e che, in quanto amministrazione aggiudicatrice, dovesse osservare le disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici.

Secondo siffatto ragionamento il rinvio alla citata normativa implicava, a norma dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a., l'attrazione della controversia nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo e l'impiego delle norme del Codice del processo amministrativo.

Nel pervenire alle spiegate conclusioni, il T.A.R. ligure non condivideva il rilievo articolato dalla ricorrente secondo cui la decisione di non presentare alcuna offerta non era dipesa da riserve o perplessità sui meccanismi di scelta del contraente, quanto dal ritardo con il quale era stato effettuato l'invito alla gara che le aveva precluso di formalizzare «un'offerta corretta e consapevole». Da tale premessa fattuale, ricostruita anche sulla base degli elementi forniti da Publi Level s.r.l., l'autorità giurisdizionale decidente traeva, comunque, la conclusione di far ricadere sulla predetta società l'onere di contestare la lesività dell'atto nel termine accelerato di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a. pena - come in effetti verificatosi - la tardività del ricorso e, dunque, la sua inammissibilità.

Sul fronte risarcitorio, inoltre, non riteneva meritoria di accoglimento la correlata richiesta di un ristoro per equivalente attesa l'omessa partecipazione alla procedura di gara e l'assenza di una impugnazione tempestiva. L'estraneità alla procedura, infatti, aveva precluso a Publi Level s.r.l. di dimostrare che sarebbe stata in condizione di aggiudicarsi l'appalto e, pertanto, la richiesta risarcitoria veniva considerata indeterminata e generica.

L'autorità giurisdizionale decidente, infine, nell'ottica della mitigazione e/o dell'esclusione del danno, nell'assumere la sua determinazione conclusiva valutava il comportamento delle parti secondo il canone di buona fede ed il principio di solidarietà. Non sottovalutava, perciò, la mancata attivazione degli strumenti di tutela accordati dall'ordinamento e, nello specifico, la scelta processuale di Publi Level s.r.l. di non aver presentato alcuna istanza cautelare per preservare la «propria posizione di aspirante all'esecuzione del relativo servizio».

3. L'organismo di diritto pubblico: tratti distintivi ed elementi qualificanti

La decisione in commento conferma come l'esigenza di fissare criteri idonei a qualificare la natura giuridica dei soggetti cui applicare il regime dell'evidenza pubblica sia particolarmente avvertita nel settore degli appalti pubblici.

Per tale ragione può rivelarsi utile una (seppure sintetica) analisi del dato normativo (comunitario e nazionale) allo scopo di appurare se possano trarsi elementi significativi nella definizione dei contorni concettuali di “impresa pubblica” e di “organismo di diritto pubblico”^[7].

Fermo restando “l'intento normativo” di garantire una concorrenza tra gli operatori economici improntata a lealtà e trasparenza, per l'individuazione di coloro sui quali fare ricadere gli obblighi derivanti dall'evidenza pubblica, la normativa comunitaria, piuttosto che

utilizzare la tecnica della elencazione tassativa, opta per una nozione “elastica” di amministrazioni aggiudicatrici tenute ad attivare le procedure di affidamento degli appalti[8].

Oltre lo Stato e gli Enti locali, infatti, sono considerati tali, gli “organismi di diritto pubblico”, in quanto “istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale” (requisito teleologico)[9], “dotati di personalità giuridica” (requisito personalistico), “la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli Enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo da questi ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, o di direzione o di vigilanza, sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli Enti locali o da altri organismi di diritto pubblico” (requisito dell’influenza dominante).

Tuttavia, mentre la riconduzione dello Stato e degli Enti locali nell’alveo delle amministrazioni aggiudicatrici avviene agevolmente, secondo tradizionali parametri formali, quella dell’organismo di diritto pubblico, in quanto “categoria aperta”, richiede una articolata operazione esegetica che implica l’accertamento di tre differenti parametri, la cui sussistenza deve essere valutata caso per caso.

I requisiti personalistico e dell’influenza dominante, presentando tratti distintivi facilmente identificabili, non pongono complicate questioni interpretative[10]. Diversamente deve concludersi per l’indicatore teleologico che permea intrinsecamente la nozione di organismo di diritto pubblico a tal punto da segnare il fondante *discrimen* rispetto ad “entità” (almeno in apparenza) analoghe, ma non tenute ad osservare la normativa sugli appalti pubblici[11]. In ragione degli effetti sulla qualificazione giuridica l’accertamento di tale parametro, oltre ad essere effettuato caso per caso, deve riguardare non solo il carattere generale (non industriale o commerciale) dell’interesse perseguito, ma la natura dell’attività svolta[12].

L’organismo di diritto pubblico integra, dunque, gli estremi di una nozione della quale la norma si serve per qualificare varie figure giuridiche tenute all’utilizzo trasparente di idonee procedure di gara laddove gli operatori attingano dal mercato i beni, le opere o i servizi necessari alla propria attività volta alla concretizzazione di bisogni pubblici da realizzare nel “campo” in cui operano.

La predilezione mostrata per “modelli” dai tratti “flessibili” nasce dalla circostanza che la relativa nozione è destinata a transitare, adattandosi di volta in volta, in eterogenei ordinamenti giuridici, rappresentando in tal modo una sorta di fondamentale collegamento tra il “contesto” di creazione e quello di approdo.

È inevitabile, però, che in sede normativa la decisione di non avvalersi di specifiche schematizzazioni per la qualifica di organismo di diritto pubblico optando per una valutazione di tipo pragmatico, non agevoli lo Stato membro nell’attuazione dei meccanismi di recepimento, chiamato ad avvalersi di un concetto non solo ad esso estraneo, ma anche di problematico approccio ermeneutico[13].

4. L’impresa pubblica: connotati identificativi e fattori sintomatici

Nella direttiva 2014/23/UE – con una struttura che nelle grandi linee ripropone quella della direttiva 04/17 - nel novero degli enti aggiudicatori è inclusa anche l'impresa pubblica (art. 7, comma 1) sulla quale le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza determinante per ragioni legate alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alla normativa (art. 7, comma 4). Con una formulazione analoga, la categoria delle imprese pubbliche è definita prima nell'art. 3, comma 28, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e, poi, in termini simili nell'art. 3, comma 1, lett. t), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50[14]. In base alle richiamate disposizioni fattori sintomatici dell'esistenza del collegamento fra impresa ed amministrazioni possono rinvenirsi nella proprietà pubblica dell'assetto societario, nell'attribuzione ai poteri pubblici della maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni o le quote della società, nonché il diritto da parte degli stessi di designare più della metà dei componenti gli organi di amministrazione, vigilanza e controllo.

Non riveste, dunque, rilevanza alcuna il connotato finalistico che impone il soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale[15]. In quanto proiettata al perseguimento di uno scopo di lucro o connotata dal criterio di autonomia finanziaria nella relativa gestione, inoltre, essa sopporta su sé il rischio derivante dall'attività espletata e, dunque, soggiace alle comuni regole della concorrenza[16].

Detto tratto qualificante, non essendo destinato ad ostacolare una concorrenza piena e libera, non obbliga il rinvio ai “percorsi” dell'evidenza pubblica, il cui rispetto, invece, si impone per i settori speciali ove è elevato e concreto il pericolo di alterare i meccanismi ed i principi che assicurano l'equilibrio e la parità di trattamento fra gli operatori del mercato[17].

Il regime dell'evidenza pubblica, pertanto, trova attuazione in modo pieno per le amministrazioni aggiudicatrici nei c.d. settori ordinari ed in maniera “temperata” per le imprese pubbliche dal momento che queste ultime vi soggiacciono limitatamente ai c.d. settori speciali.[18]

D'altro canto, una estensione in via analogica alle imprese pubbliche della disciplina sull'evidenza pubblica anche con riferimento ai settori ordinari non è praticabile. A ciò osta una lettura della richiamata impostazione normativa (comunitaria e codicistica) rigorosa e coerente rispetto all'esigenza di garantire l'effettivo esercizio della libertà di impresa che, peraltro, gode di apposita copertura costituzionale (art. 41 Cost.)[19]. Ciò, comunque, non esclude che l'impresa pubblica – al fine di assumere condotte più trasparenti in ragione della sua natura pubblica o per seguire procedure consolidate - ricorra alle procedure di evidenza pubblica in tutto od in parte ogniqualvolta scelga di intraprendere strade proiettate al perseguimento di bisogni di interessi generali privi del carattere industriale o commerciale, permeate da una logica differente da quella mirante alla remunerazione del capitale[20].

Specificamente per quanto riguarda il requisito teleologico, da un lato, ne è stata presuntivamente riscontrata la sussistenza in caso di mancanza di un contesto concorrenziale in cui si trova ad operare un determinato soggetto[21]; dall'altro, è stato evidenziato come l'accertamento di tale parametro passi da una accurata indagine delle relazioni finanziarie intercorrenti con l'ente pubblico[22].

Alla luce di tali indicazioni la diversificazione tra le imprese pubbliche e gli organismi di diritto pubblico prescinde dal modello organizzativo adottato, essendo piuttosto ancorata, tanto al diverso atteggiarsi delle prime, che, inserite in un ambito concorrenziale, sono esposte al

rischio di impresa non potendo, conseguentemente, invocare l'intervento dell'ente di riferimento al fine di un ripianamento delle eventuali perdite; quanto alla possibilità di gestire servizi rinunciabili da parte dell'ente di riferimento.

L'intrinseca differenza fra la categoria dell'impresa pubblica e quella dell'organismo di diritto pubblico delineata a livello normativo pone, però, la questione dell'esistenza di possibili margini di sovrapposibilità in merito alla quale sono state offerte letture non proprio convergenti^[23]. A fronte di una posizione più rigida, che ha escluso forme di commistione, ve n'è un'altra che propone formule organizzatorie atipiche, in cui sono contestualmente presenti elementi caratteristici dell'una e dell'altra categoria. Nella prima direzione muove il filone che, adottando la formula esegetica più restrittiva, pone su piani antitetici i concetti di "potere pubblico" e di "impresa pubblica"; nella seconda, la teoria che, pur dinanzi a modelli dalle differenti venature organizzatorie, invoca il regime dell'evidenza pubblica^[24].

L'adesione all'una impostazione teorica o all'altra deve in ogni caso prendere atto dell'esistenza di un connotato comune ad entrambe le fattispecie ravvisabile nell'impiego dello strumento societario; nonché di un netto tratto differenziale - il metodo non economico - costituito dall'espletamento di una attività generale priva del carattere industriale o commerciale che, ontologicamente inconciliabile con il concetto di impresa, permea esclusivamente la figura dell'organismo di diritto pubblico^[25].

5. Mercato e giurisdizione

Dalla sintetica ricostruzione dello scenario normativo ed ermeneutico di riferimento emerge come le regole dell'evidenza pubblica applicabili agli organismi di diritto pubblico siano rivolte alle imprese pubbliche relativamente ai settori speciali, con la fisiologica conseguenza che nelle controversie sorte in tali "campi" le azioni processuali devono essere incardinate dinanzi al giudice amministrativo.

Preliminarmente è utile osservare che "l'area" delle telecomunicazioni non rientra più fra i settori esclusi dalla disciplina generale; pertanto i contratti di appalto funzionali a detto ambito soggiacciono alla relativa regolamentazione codicistica soltanto allorché siano affidati da amministrazioni aggiudicatrici.

I soggetti diversi da queste ultime - fra i quali vanno contemplate le imprese pubbliche - sono chiamati ad osservare le regole pubblicistiche poste a tutela della concorrenza limitatamente agli appalti riguardanti le attività riconducibili ai settori speciali (gas, energia, elettricità acqua trasporti, porti, aeroporti, servizi postali). Diversamente, per i contratti "estranei" a tali ambiti, esse, agendo alla stregua di un "comune" soggetto privato, sono esonerate dal dare attuazione alla disciplina vigente con riguardo all'affidamento di "pubbliche commesse" giacché in tali ipotesi non vi è l'esigenza di garantire la concorrenza ricorrendo a formule procedurali tipiche dell'evidenza pubblica ed a meccanismi volti ad assicurare trasparenza e pubblicità delle procedure^[26].

Nel caso di specie, tuttavia, l'inquadramento della società resistente in termini di organismo di diritto pubblico avviene ad esito di un percorso argomentativo non perfettamente allineato rispetto alla descritta cornice normativa e giurisprudenziale.

Il T.A.R. Liguria, dichiarata infondata l'eccezione della società resistente, ha ritenuto sussistente la giurisdizione amministrativa sostenendo che Rai Pubblicità fosse assoggettata all'evidenza pubblica proprio in quanto organismo di diritto pubblico.

Il decidente è pervenuto a tale conclusione sul presupposto che Rai Pubblicità fosse «istituita per soddisfare esigenze di interesse generale della “Società madre” alla quale garantisce, attraverso la raccolta pubblicitaria una parte essenziale delle risorse necessarie per l'esercizio del servizio pubblico radiotelevisivo non avente carattere esclusivamente commerciale».

Tale assunto poggia su due diversi, ma connessi, pilastri concettuali riguardanti sia il “legame” di RAI Pubblicità con RAI-Radiotelevisione italiana, sia lo scopo sociale sotteso all'attività svolta dalla prima.

Dalla prima visione prospettica, il convincimento secondo cui RAI Pubblicità, (già SIPRA) sia stata istituita «per soddisfare esigenze di interesse della “Società madre” (...)» induce il T.A.R. ligure ad affermare che essa persegua interessi di rilevanza pubblicistica, considerando «indifferente che, oltre alle attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, essa svolga anche attività a scopo di lucro sul mercato concorrenziale».

A questo proposito la Corte di Giustizia - con una pronuncia richiamata proprio nella decisione esaminata - ha chiarito come per essere considerata amministrazione aggiudicatrice non è «sufficiente che un'impresa sia stata istituita da un'amministrazione aggiudicatrice o che le sue attività siano finanziate con mezzi finanziari derivanti dalle attività esercitate da un'amministrazione aggiudicatrice». È, invece, indispensabile che si tratti di un organismo istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e «la cui attività risponde a siffatte esigenze». In questa impostazione è, dunque, rimarcata la volontà del legislatore dell'Unione di escludere un generalizzato rinvio al regime dell'evidenza pubblica ed alle norme vincolanti sugli appalti pubblici[27].

D'altro canto, l'accertamento volto a verificare che l'attività espletata soddisfi esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale deve essere condotto in modo concreto, ossia «tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita le attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, ivi compresa, in particolare la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro, la mancanza di assunzione di rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi»[28].

È improbabile che allorquando l'organismo operi in condizioni normali di mercato, persegua uno scopo di lucro e subisca le perdite collegate all'esercizio di dette attività, le esigenze che esso mira a soddisfare abbiano indole diversa da quella industriale o commerciale[29].

È fondamentale, perciò, fare chiarezza - circoscrivendone i contorni - sullo scopo sociale della società resistente nell'attuale articolazione organizzativa ed in quella originaria precisando che secondo quanto stabilito nell'art. 2 dell'atto costitutivo e statuto di SIPRA, lo scopo sociale andava ravvisato nell'acquisizione e nello «sfruttamento di qualsiasi genere di pubblicità ed in particolar modo quella da farsi a mezzo di stazioni radiotrasmettenti (...)».

In base all'art. 4 del vigente atto costitutivo e statuto di RAI Pubblicità, invece, esso concerne «la raccolta, sui mercati nazionale ed internazionale, di pubblicità, di sponsorizzazioni, di comunicazioni commerciali e sociali, e di tutte le altre forme ed espressioni della pubblicità, destinate ai programmi radiofonici e televisivi qualunque sia il mezzo utilizzato nel presente e nel futuro per la loro diffusione (via etere, per mezzo di satelliti, via cavo, via filo, in chiaro e/o criptati, ecc.); la raccolta di pubblicità nelle forme indicate al punto precedente, destinata a qualsiasi altro mezzo di comunicazione, presente e futuro, quali la carta stampata, audio e video cassette, affissioni, cinema, tabelloni, internet, ecc. ...».

Non vi è, dunque, alcuna “riserva” di attività a favore di RAI- Radiotelevisione italiana.

Dal dato statutario riportato non si evince, in realtà, che SIPRA, che nel 2013 ha cambiato (solo) la propria denominazione in quella di RAI Pubblicità, sia stata specificamente istituita per soddisfare esigenze della società controllante atteso che i “bisogni” del cui “appagamento” essa è stata investita non costituiscono una condizione essenziale per l'esercizio delle attività di interesse generale di RAI–Radiotelevisione italiana.

Tali precisazioni appaiono fondamentali, in quanto l'impressione tratta dall'analisi della sentenza del T.A.R. Liguria è che l'apporto delle risorse indispensabili per l'espletamento del servizio pubblico radiotelevisivo non avente carattere esclusivamente commerciale sia stato inquadrato quale scopo o come oggetto sociale di RAI Pubblicità. Invero, la circostanza secondo la quale attraverso la raccolta pubblicitaria venga garantita una parte essenziale delle risorse necessarie per l'esercizio del servizio pubblico radiotelevisivo potrebbe essere letta in una versione che la presenti verosimilmente alla stregua di una mera “operazione contabile”.

La considerazione dello scopo sociale nei termini proposti dal decidente, peraltro, non è in linea con l'art. 45, comma 5 del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici). In forza di tale disposizione Rai–Radiotelevisione italiana può svolgere direttamente o attraverso società collegate, attività commerciali ed editoriali, connesse alla diffusione di immagini, suoni e dati, nonché altre attività correlate, purché esse non risultino di pregiudizio al migliore svolgimento dei pubblici servizi concessi e concorrano alla equilibrata gestione aziendale.

Per come si desume anche dalla convenzione conclusa fra la Rai –Radiotelevisione italiana e Rai Pubblicità la prima espleta in proprio l'attività di pubblico servizio e, attraverso la controllata (la seconda), quella di raccolta pubblicitaria in forza di una apposita concessione.

L'esistenza di una precisa linea divisoria tra il *modus operandi* di carattere “amministrativo” e quello ispirato al metodo concorrenziale trova conferma pure, in sede regolatoria, da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nella delibera n. 41/17/CONS e relativo Allegato A “Individuazione dei mercati rilevanti nel settore dei servizi di media audiovisivi”.

In tale documento, nell'ambito del mercato dei media audiovisivi in chiaro, sono indicate una attività legata al servizio pubblico ed una di tipo squisitamente commerciale/imprenditoriale e ad esse sono collegati distinti modelli di finanziamento volti a sostenerle.

In particolare, l'una è finanziata da fondi pubblici, e quindi mediante risorse economiche non contendibili, l'altra “si fonda economicamente sugli investimenti delle aziende clienti”

attraverso i ricavi della raccolta pubblicitaria ed è connotata dalla competizione instaurata con gli altri soggetti presenti nel mercato^[30].

A questa logica sembra ispirarsi, altresì, il Contratto di Servizio 2018-2022 tra il Ministero dello sviluppo economico e RAI-Radiotelevisione italiana s.p.a., ove sono diversamente concepiti i ricavi derivanti dal gettito del canone rispetto a quelli prodotti da attività svolte in regime di concorrenza^[31].

Lo scenario descritto sembra, dunque, suggerire un inquadramento di RAI Pubblicità quale impresa pubblica per effetto del suo inserimento in un contesto concorrenziale che ne prospetta una – fisiologica - esposizione ai rischi derivanti dalla sua collocazione in un mercato nel quale intervengono altri operatori.

È evidente allora come la ricerca e la comprensione degli elementi strutturali che compongono, diversificandole, le figure dell'impresa pubblica e dell'organismo di diritto pubblico proprio perché condizionano l'individuazione sia della disciplina applicabile con riferimento alle procedure di affidamento, sia dell'autorità giurisdizionale dinanzi alla quale incardinare eventuali azioni processuali precludano ad una operazione particolarmente delicata.

Ciò soprattutto laddove si consideri come il generalizzato ricorso all'evidenza pubblica potrebbe alimentare il rischio di falsare le regole della concorrenza disattendendo lo spirito dei principi europei cui si ispirano le direttive in materia di affidamento di contratti pubblici e di quelli costituzionali posti a garanzia della libertà di iniziativa economica.

Il pericolo, tutt'altro che remoto, di avallare forme di disparità di trattamento tra coloro i quali operano nel mercato esige di scoraggiare pratiche che attribuiscono diritti o riconoscano posizioni destinate ad alterare l'equilibrato assetto concorrenziale, o che siano idonei a legittimare generalizzate limitazioni dell'esercizio dell'attività di impresa svolta nel mercato da soggetti partecipati dall'ente pubblico.

Il risvolto processuale di tale impostazione consiste nel ritenere quella ordinaria l'autorità giurisdizionale competente a sindacare l'operato di imprese pubbliche o private titolari di diritti speciali o esclusivi operanti per finalità diverse dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, analogamente a quanto si verifica allorché essa debba esprimere il suo giudizio in campi diversi da quello dell'affidamento delle pubbliche commesse e su una attività priva di sfumature pubblicistiche^[32].

La ricerca di elementi certi ed univoci alla luce dei quali individuare il giudice chiamato a "somministrare" giustizia è fondamentale nell'intendere correttamente la giurisdizione quale modo «storico con cui la giustizia di un ordinamento giuridico prende forma» in quanto «la legittima prioritaria preoccupazione è quella di assicurare una sede, quella giurisdizionale, dove la giustizia possa univocamente realizzarsi; nella convinzione che proprio nel modo di renderla la giustizia consiste al massimo grado»^[33].

[1] La lettura della pronuncia in commento pone sullo sfondo l'affascinante tema del rapporto tra diritto ed economia che per l'ampiezza e per la peculiarità delle dinamiche prodotte non è possibile affrontare in questa sede. Per tali ragioni si ritiene utile il rinvio, sebbene senza pretesa di esaustività, a A. Barone, *Cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni*, Bari, 2018, ove tali aspetti vengono indagati da molteplici angoli prospettici.

[2] In questi termini M.A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *www.federalismi.it*, 2008, 2, che proprio con specifico riferimento all'impresa pubblica afferma come «Il fatto che l'ordinamento comunitario si fosse preoccupato di non creare un diverso regime tra appalti gestiti da soggetti pubblici (unitariamente definiti come "amministrazioni aggiudicatrici") e soggetti privati operanti in tali settori dimostra quindi proprio - in termini opposti alla tesi favorevole all'equiparazione impresa pubblica/pubblica amministrazione - che detta categoria è, invece, connotata da una finalità (quella economica) tipicamente privatistica ed è quindi di norma (e salvo eccezioni eventualmente stabilite in modo espresso e tassativo dalla legge) estranea al regime pubblicistico (si è già detto del resto che lo stesso regime degli appalti non può essere correttamente definito come pubblicistico)».

[3] Rai Pubblicità s.p.a. è la nuova denominazione assunta da SIPRA costituita nel 1926.

[4] La società ricorrente si era occupata per due anni consecutivi di allestire e di gestire una manifestazione collaterale al Festival di Sanremo avendone ricevuto l'affidamento direttamente sin dalla prima edizione nell'ambito della quale - a suo dire - aveva proposto il relativo *format*, ed a seguito di specifica procedura selettiva alla quale avevano preso parte altri cinque operatori. Relativamente alla terza edizione chiedeva di essere coinvolta nella procedura di affidamento del relativo servizio di gestione e di allestimento dell'evento. Originariamente la RAI Pubblicità s.p.a. si era determinata a non invitare la ricorrente invocando l'operatività del principio di rotazione dei fornitori ed adducendo l'esistenza di informazioni negative sul conto della Publi Level s.r.l. in ordine a danni dalla stessa provocati alla struttura che ospitava le due edizioni della manifestazione. Successivamente, mutando la propria decisione, la invitava formalmente a presentare l'offerta.

Tuttavia la società in un primo momento esclusa contestava l'esiguità del tempo concessole e comunicava a Rai Pubblicità di non essere in condizioni di potere presentare la propria offerta. Chiusasi la procedura alla quale avevano partecipato sei operatori, l'organizzazione della terza edizione della manifestazione veniva affidata alla Free Event s.r.l., controinteressata nel giudizio sfociato nella sentenza in esame.

[5] Nelle pronunce espressamente richiamate (T.A.R. Lazio- Roma, sez. III, 4 gennaio 2020, n. 54; T.A.R. Lazio- Roma, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5460, Cass. civ., SS.UU., 22 dicembre 2011, n. 28330 e Cass. civ., SS.UU., 23 aprile 2008, n. 10443) viene puntualmente chiarito che la RAI - Radiotelevisione italiana è una società per azioni, concessionaria di un importante servizio di informazione reso ai cittadini ed è qualificabile, per le caratteristiche possedute, come organismo di diritto pubblico.

Per quanto concerne, invece, la tipologia di attività svolta - per quanto qui di interesse - è possibile trarre elementi utili per poterla circoscrivere e definire dal d.P.R. 28 marzo 1994, dallo Statuto della società e dalla convenzione con RAI Pubblicità. A norma degli artt. 1 e 5 del d.P.R. 28 marzo 1994 emerge - rispettivamente - che essa è concessionaria esclusiva sull'intero territorio nazionale del servizio pubblico di diffusione di programmi radiofonici e televisivi e che può «svolgere direttamente o attraverso società collegate attività commerciali e editoriali connesse in genere alla diffusione di suoni, immagini e dati, nonché altre attività comunque connesse all'oggetto sociale, purché esse non risultino di pregiudizio al migliore svolgimento dei pubblici servizi concessi e concorrano alla equilibrata gestione aziendale». L'oggetto sociale - ex art. 4.1 dello Statuto - concerne «la raccolta, sui mercati nazionale ed internazionale, di pubblicità, di sponsorizzazioni, di comunicazioni commerciali e sociali, e di tutte le altre forme ed espressioni della pubblicità, destinate ai programmi radiofonici e televisivi qualunque sia il mezzo utilizzato nel presente e nel futuro per la loro diffusione (via etere, per mezzo di satelliti, via cavo, via filo, in chiaro e/o criptati, ecc.)»; nonché «la raccolta di pubblicità nelle forme indicate al punto precedente, destinata a qualsiasi altro mezzo di comunicazione, presente e futuro, quali la carta stampata, audio e video cassette, affissioni, cinema, tabelloni, Internet, ecc.» Ed, in base all'art. 5.2 dello Statuto, è nella possibilità della società «acquisire finanziamenti, con obbligo di rimborso delle somme versate, da parte dei soci iscritti nel libro dei soci da almeno tre mesi che detengano almeno il due per cento del capitale sociale nominale, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle norme di legge e di regolamento che individuano le operazioni non costituenti raccolta di risparmio tra il pubblico. Tali finanziamenti potranno essere eseguiti anche singolarmente da ogni socio senza alcuna formalità e, salvo patto contrario tra la Società e il socio, non saranno produttivi di interessi». Gli articoli 6, 7, 9 della Convenzione con Rai Pubblicità disciplinano la ripartizione del fatturato (il primo), la fatturazione e la rendicontazione (il secondo), le perdite per insolvenze (il terzo).

Alla luce della c.d. teoria del contagio il regime pubblicistico prescritto per l'organismo di diritto pubblico deve "estendersi" a tutti i suoi appalti. In tal senso Corte Giust. C.E., 15 gennaio 1998, C-44/96. Si esprimono criticamente nei confronti di questa elaborazione teorica M.P. Chiti, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove frontiere di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni della Riv. serv. pubbl. e app.*, 2004, 71; M.A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*,

cit.; M.G. Roversi Monaco, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 401.

[6] Nel corpo della pronuncia viene dato atto dell'esistenza dell'ordinanza n. 6124 del 12 dicembre 2014 con la quale la quinta sezione del Consiglio di Stato, sia pure in sede di regolamento di competenza ed in materia di accesso documentale, qualificava, sotto il profilo soggettivo, la RAI pubblicità s.p.a come pubblica amministrazione.

[7] Com'è noto, l'introduzione nel nostro ordinamento di tale ultima categoria è avvenuta per effetto dell'articolo 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in seguito al recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. L'attuale previsione, invece, è affidata all'articolo 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016 in recepimento dell'articolo 2, par. 1, n. 4 della direttiva 2014/24/UE, dell'articolo 3, par. 4 della direttiva 2014/25/UE e dell'articolo 6, par. 4 della direttiva 2014/23/UE.

[8] Tale "metodo qualificatorio" è stato gradualmente importato in tutte le tipologie di appalti comunitari, estendendone la portata applicativa a quelli di servizi ad opera della direttiva 92/50/CEE, di forniture con la direttiva 93/36/CEE, di lavori mediante la direttiva 93/37/CEE, e poi ripetute nella direttiva quadro 2004/18/CEE destinata a sostituire tutte le pregresse normative a decorrere dal 31 gennaio 2006.

[9] Con puntuale riguardo all'elemento teleologico in Corte Giust. U.E., 22 maggio 2003 C-18/2001 e Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2017, n. 108 viene escluso che l'esistenza di un mercato concorrenziale precluda all'organismo di diritto pubblico di agire secondo logiche diverse da quelle industriali e commerciali.

[10] Nella visione di Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393, il requisito della soggettività giuridica prescinde dalla natura (pubblicistica o privatistica) del soggetto.

In Corte Giust. C.E., 3 ottobre 2000, C-380/98, *The Queen c. The University of Cambridge*, viene evidenziato il rapporto di alternatività fra gli indici della dominanza pubblica.

[11] Riguardo l'elemento teleologico F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, cit., 79 ss.

[12] In questa direzione Corte Giust. C.E., sent. 10 aprile 2008, C-393/06, *Ing. Aigner Wasser Warme Umwelt GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*.

[13] G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit., 844, evidenzia come i confini della nozione di organismo di diritto pubblico dipendano dal significato da attribuire all'elemento teleologico dal momento che «si tratta, del resto, dell'unico passo ambiguo della definizione (...), che oltre ad essere di non felice concezione, presenta le difficoltà tipiche della norma che rinvia a concetti indeterminati».

[14] In dottrina per la ricostruzione della figura dell'impresa pubblica M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 931; V. Ottaviano, *L'impresa pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, XX, 1970, 669; S. Cassese, *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985; E. Ferrari, *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie*, in *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, cit., 124; M.A. Sandulli, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, cit., 5 ss.; Id., *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit. vol. V, 3154; C. Lacava, *L'impresa pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2003, 3901.

[15] Corte Giust. C.E., 10 maggio 2001, n. 223, cause riunite C-223/99 e C-260/99 ha chiarito come « (...) un ente avente ad oggetto lo svolgimento di attività volte all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe, che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e che opera in ambiente concorrenziale, non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 1, lettera b) comma 2, della direttiva».

Corte Giust. C.E., 27 febbraio 2003 n. 373, causa C-373/00 ha precisato che quella relativa ai «bisogni di carattere generale figurante nella predetta disposizione è una nozione autonoma del diritto comunitario, che deve essere interpretata tenendo conto del contesto in cui si inserisce tale articolo e degli scopi perseguiti dalla direttiva 93/96; che spetta al giudice a quo valutare l'esistenza o meno di un bisogno avente carattere non industriale o commerciale, tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali i fatti che hanno presieduto alla creazione dell'organismo interessato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività».

Cass., SS.UU., 7 aprile 2010, n. 8225, definisce «come bisogni generali aventi carattere non industriale o commerciale, ai sensi dell'articolo 1, lettera b), delle direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, quei bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, d'altro lato, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante. Risulta del pari dalla giurisprudenza che l'esistenza o la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale deve essere valutata tenendo conto dell'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione di rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione. Infatti ... se l'organismo opera in condizioni normali di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite collegate all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare siano di natura diversa da quella industriale o commerciale».

[16] A riguardo L.R. Perfetti, *Organismo di diritto pubblico e rischio d'impresa*, cit.; D. Palazzo, *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2019, 155.

Si occupano di delineare le caratteristiche e le differenze fra le due figure M.P. Chiti, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico, nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, cit., 70; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Foro amm. Cds*, 2003, 3827; R. Caranta, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.*, 2004, 2415; M.G. Roversi Monaco, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, cit., 384; A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico: analogie e differenze*, in *www.giustamm.it*, 2012; F. Aperio Bella, *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Dir. e soc.*, 2015, 160.

[17] Relativamente al regime normativo previgente può essere proficuo rinnovare la lettura degli articoli 207 e 217 del Codice del 2006, nonché dell'art. 30 e del 40° considerando della direttiva 2004/17. Ciò in quanto nel solco segnato da siffatta disciplina si colloca Cons. Stato, Ad. pl., 1 agosto 2011, n. 16 che, nel puntualizzare la diversità tra appalti "esclusi" ed "estranei" all'applicazione del Codice dei contratti pubblici – riscontrandola nella strumentalità dell'oggetto dell'appalto rispetto all'espletamento dell'attività speciale – chiarisce come l'impresa pubblica sia tenuta a rispettare la disciplina codicistica soltanto in relazione alle attività riconducibili ai settori speciali di cui agli artt. 208-213. Ad avviso dell'Adunanza plenaria, «La ricordata esigenza di tutela della concorrenza che dichiaratamente presiede alla direttiva 2004/17/CE sugli appalti nei settori speciali per la frequente condizione di monopolio in cui versano quei servizi pubblici, non si ripete per queste altre attività delle imprese pubbliche. Queste altre attività anzi, proprio per lo svolgersi in un mercato competitivo, paiono – salvo singole patologie comportamentali - naturalmente portate verso la compressione dei costi dei contratti, e perciò spontaneamente orientate all'apertura al mercato dei fornitori di beni e servizi: cioè verso il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa, e senza che sia imposto da regole esterne».

T.A.R. Lazio, sez. III, 19 aprile 2021, n. 4561 ha evidenziato come l'utilizzo delle procedura ad evidenza pubblica sia obbligatorio anche quando l'oggetto dell'affidamento riguardi attività strumentali a quella espletata nei settori speciali.

In relazione al concetto di strumentalità T.A.R. Lazio riprende, facendola propria, la posizione della Corte Giust., 28 ottobre 2020, C-521/18, secondo cui, a proposito di Poste s.p.a., possono considerarsi strumentali solo quelle attività che «servono effettivamente all'esercizio dell'attività rientrante nel settore dei servizi postali consentendo la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi, dal perseguimento dell'attività settoriale di cui trattasi».

[18] Così F. Aperio Bella, *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, cit., 170-171, ad avviso del quale le imprese pubbliche «già sottratte al diritto dei pubblici appalti, vi sono attratte limitatamente ai "settori speciali", e non in termini generali in quanto nei settori in questione (...), la sottoposizione di un operatore economico all'influenza dominante dell'apparato amministrativo è stata ritenuta una circostanza già da sola sufficiente a determinare una situazione di pericolo, che impone l'applicazione delle regole comunitarie volte a tutelare la libera concorrenza».

[19] Riguardo questo specifico profilo M.A. Sandulli, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori, Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, cit., 3154 ss.; Id., *Impresa pubblica e regole di affidamenti dei contratti*, cit.

[20] Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 19 aprile 2021, n. 4561, cit., secondo cui, però, tale scelta «non consente di radicare il contenzioso che nasce da tali procedure nella giurisdizione amministrativa».

[21] In questo senso Cass., SS.UU., 9 maggio 2011, n. 10068, in merito al parametro teleologico puntualizza che «(...) le normative europee non indicano i criteri per stabilire quando una specifica esigenza di carattere generale abbia carattere non industriale o commerciale. Il diritto comunitario, omettendo di fornire i criteri per stabilire quando ricorra la condizione in esame, rimette agli organi giurisdizionali dei singoli Stati stabilire quando ricorra tale condizione. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, cui ai sensi dell'art. 234 CE era stata sottoposta una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione del menzionato art. 1, lett. b) della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, relativa al coordinamento delle procedure degli appalti pubblici di servizi, ha fornito alcuni criteri interpretativi al fine di stabilire quando ricorra una esigenza di carattere generale avente carattere non industriale o commerciale (v. sentenza 10 novembre 1998, causa C360/96, Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV), precisando che la circostanza che l'organismo interessato agisca in situazione di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale; che questi ultimi bisogni sono, di regola, soddisfatti in modo diverso dall'offerta dei beni o servizi sul mercato; che in linea generale presentano tale carattere quei bisogni al cui soddisfacimento, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere una influenza determinante». Le Sezioni unite, inoltre, chiariscono che «in altre sentenze la Corte di giustizia ribadisce tali criteri affermando che spetta al giudice nazionale valutare l'esistenza o meno di un bisogno avente carattere non industriale o commerciale tenendo conto degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione di rischi collegati a tale attività nonchè il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione (v. sentenza n. 373 del 27.2.2003 causa C- 373/00; vedi altresì Cass. sez. un. n. 8225 del 2010)».

[22] In Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2013, n. 570 l'espletamento di attività secondo metodi che escludono l'assunzione del rischio di impresa per effetto di dazione di risorse da parte dell'ente pubblico idonee ad assicurare la permanenza sul mercato dell'organismo viene considerato indice presuntivo della sussistenza del requisito teleologico. In Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574 viene evidenziato come l'assenza del metodo economico può desumersi dal contesto in cui l'attività viene esercitata e cioè dall'esistenza o meno di un mercato di beni o servizi oggetto delle prestazioni erogate.

Cass. SS.UU., 7 aprile 2010, n. 8225 esclude che possa parlarsi di requisito teleologico ogniqualvolta l'ente svolga l'attività in un contesto concorrenziale facendosi carico del pericolo di eventuali perdite e sopportando il rischio economico riconducibile al perseguimento dell'oggetto sociale improntato a criteri di economicità.

[23] Per una approfondita e ragionata ricostruzione dei termini del dibattito sorto in merito G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit., 844 ss. L'A. si schiera, comunque, a favore della tesi più restrittiva invocando proprio il dato normativo comunitario dal quale, a suo avviso, «risulta chiaramente che la figura di organismo di diritto pubblico sia altra cosa e sia distinta da quella di impresa pubblica».

A riguardo F. Aperio Bella, *Sulle nozioni di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, cit., 162-163, osserva come fra le due figure «le differenze tipologiche riguardano pertanto (i) le modalità di svolgimento dell'attività - economica e non economica - e la conseguente possibile compatibilità, esistente soltanto per le imprese pubbliche, tra scopo di interesse pubblico e scopo di lucro, nonché (ii) l'elemento costituito dall'influenza dominante, che, seppure coincidente in linea teorica, si atteggia diversamente a seconda della fattispecie, in quanto, mentre per l'organismo di diritto pubblico è desumibile da un ampio spettro di "indici", compreso il controllo di gestione, per l'impresa pubblica deriva dal riscontro di elementi di dominanza pubblica riconducibili, in ultima analisi, alla detenzione pubblica maggioritaria del capitale sociale, dal cui riscontro deriva, a cascata, la ricorrenza degli altri elementi "indiziari" di dominanza pubblica individuati dalla normativa».

[24] A titolo meramente esemplificativo nella prima direzione possono vedersi, a livello di giurisprudenza comunitaria, Corte Giust., 16 ottobre 2003, C-283/00, *Siepsa*, Corte Giust., 15 maggio 2003, C-214/00; a livello di giurisprudenza nazionale T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 15 febbraio 2007, n. 266; in dottrina di questo avviso M.A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit.; M.G. Roversi Monaco, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 387; Nella seconda direzione, a livello comunitario, Corte Giust., 10 aprile 2008, C-393/06; a livello interno Cass., SS.UU., 23 aprile 2008, n. 10443, secondo cui la «R.A.I. s.p.a. deve qualificarsi organismo di diritto pubblico, in quanto resta ancora la impresa pubblica cui lo stato ha affidato la gestione del servizio pubblico radio televisivo su cui intende conservare la sua influenza». Da tale premessa le Sezioni Unite fanno discendere la conseguenza che «essa quindi deve osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica nella scelta dei propri contraenti per gli appalti dei servizi (ad eccezione di quelli esclusi del settore radiotelevisivo)». In dottrina sembrano propendere una nozione più ampia di organismo di diritto pubblico ricomprendente anche casi di imprese pubbliche D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 79 ss.; G. Pericu, M. Cafagno, *Impresa pubblica*, in E. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, parte speciale, 795; G. Morbidelli, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 505; F. Gaffuri, *Brevi considerazioni sulle riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, cit., 255.

[25] F. Aperio Bella, *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, cit., 161-162.

[26] A riguardo può vedersi Cons. Stato, Ad. pl., 1 agosto 2011, n. 16, la cui posizione ha trovato conferma nelle direttive del 2014 e nel vigente Codice dei contratti pubblici.

[27] Cfr. Corte Giust. U.E., sez. IV, 5 ottobre 2017 (punti 33-35).

Corte Giust. U.E., 22 maggio 2003, Korhonen e a., C- 18/01, peraltro, osserva come l'indagine volta ad accertare se "l'organismo" sia stato istituito allo specifico fine di soddisfare esigenze di interesse generale e se tali attività soddisfino effettivamente tali esigenze deve precedere quella attraverso la quale verificare se queste ultime abbiano o meno carattere industriale o commerciale (punto 40).

[28] Cfr. Corte Giust. U.E., sez. IV, 5 ottobre 2017 (punto 43).

[29] Cfr. Corte Giust. U.E., 16 ottobre 2003, Commissione/Spagna, C-283/00 (punti 81 e 82).

[30] Cfr. Delibera n. 41/17/CONS <https://www.agcom.it/documents/10179/6702854/Delibera+41-17-CONS/1f4bc027-c119-4e5a-8380-da02daf3addb?version=1.1>; nonché Allegato A alla Delibera n. 41/17/CONS <https://www.agcom.it/documents/10179/6702854/Allegato+8-3-2017/c256909a-0163-42c1-b9c4b2ed2efec23f?version=1.0Link>.

In particolare, nella delibera n. 41/17/CONS viene chiarito come «Tipicamente, sul fronte della tutela della concorrenza, il mercato della televisione in chiaro viene analizzato considerando il solo versante della raccolta pubblicitaria – sul quale le imprese televisive conseguono ricavi dalla vendita degli spazi pubblicitari agli inserzionisti –, escludendo le attività finanziate dai fondi pubblici, che rappresentano una risorsa non contendibile sul mercato».

[31] L'art. 21 del Contratto di Servizio espressamente stabilisce che «In conformità a quanto stabilito dall'art. 47, commi 1 e 2, del TUSMAR, nel rispetto del diritto dell'Unione europea, e coerentemente a quanto previsto dall'art. 14 della Convenzione, la Rai predispone il bilancio di esercizio indicando in una contabilità separata i ricavi derivanti dal gettito del canone e gli oneri sostenuti nell'anno solare precedente per la fornitura del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale rispetto ai ricavi delle attività svolte in regime di concorrenza, imputando o attribuendo i costi sulla base di principi di contabilità applicati in modo coerente e obiettivamente giustificati e definendo con chiarezza i principi di contabilità analitica secondo cui vengono tenuti conti separati».

[32] Sulle implicazioni del rapporto fra concorrenza e giurisdizione I.M. Marino, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, II, 1001.

[33] Cfr. I.M. Marino, *Corte di Cassazione e giudici «speciali» (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1394 e 1407.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2025 – 18 novembre 2021

Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione (nota a Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802)

di Alessandro Cioffi

Sommario: 1. Introduzione - 2. Il caso e i fatti - 3. Impostazione del problema - 4. Sul potere autoritativo - 5. Interesse pubblico e interesse privato nel potere-conclusioni.

1.- Introduzione.

La sentenza in esame assume che il potere vincolato sia potere autoritativo e riafferma la giurisdizione amministrativa. In questo modo apre interrogativi profondi. Che significa potere autoritativo? Cosa resta alla giurisdizione ordinaria?

L'impostazione d'una soluzione teorica, che qui può essere solo sfiorata, poggia su acquisizioni della dottrina consolidate ma a volte dimenticate: tutto dipende dal potere giuridico e dall'interesse[1]; e, allo stesso modo, sul versante della giurisdizione ordinaria, tutto dipende dalla capacità giuridica che l'amministrazione usa[2].

2.- Il caso e i fatti.

Conviene iniziare dai fatti. Sempre più spesso la legge prevede poteri amministrativi di accertamento, che verificano l'esistenza di diritti soggettivi. Nel caso in esame, si tratta di accertare il diritto di credito di un soggetto privato verso l'Amministrazione. Difatti, l'art. 9

del decreto-legge 29 novembre 2008 n. 185 prevede che su domanda del creditore le amministrazioni pubbliche certificano “se il relativo credito sia certo, liquido ed esigibile”; l'accertamento è reso “al fine di consentire al creditore la cessione” del credito, a favore di banche o di intermediari finanziari[3].

Alla luce di questa norma, nel caso di specie, un Istituto regionale siciliano (IRVO) certifica l'esistenza di un credito a favore di una banca e, in un secondo momento, ritira la certificazione. Il ritiro è “in autotutela”: l'Istituto ritiene che non sussistano i presupposti di esistenza del credito, giacché il creditore originario ha acquisito il credito a mezzo di un contratto pubblico, che, però, veniva affidato senza gara, in via diretta.

Contro l'atto di autotutela si fa ricorso al giudice amministrativo; ma il Tar Sicilia declina la giurisdizione (Tar Sicilia Sez. I n. 1763/2021). Secondo il Tar, la certificazione verifica che il credito sia certo, liquido ed esigibile, e ciò corrisponde a un presupposto che è “integralmente e analiticamente regolato dalla legge”. Dunque, si legge nella sentenza, non vi è “discrezionalità, né amministrativa né tecnica”, bensì, solamente, il “verificare la sussistenza dei requisiti prescritti per la certificazione”; pertanto, l'attività dell'amministrazione “non è di tipo autoritativo ma meramente ricognitiva e certificativa (non costitutiva di un debito da parte dell'amministrazione medesima)”. Per questo motivo il Tar Sicilia afferma la giurisdizione ordinaria.

In appello la situazione si rovescia e il CGARS riafferma la giurisdizione amministrativa. Nella sentenza si legge che la circostanza che il potere amministrativo sia vincolato - ovvero predeterminato dalla legge nell'*an* e nel *quomodo* - “non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica, assimilabile ad un diritto potestativo”, perché l'atto vincolato è sempre esercizio del potere autoritativo, in quanto è “espressione di <<supremazia>> o di <<funzione>>”. Nel particolare, aggiunge il CGARS, “dal punto di vista logico e semantico”, il potere vincolato è “espressione di un motivato giudizio critico”. Dunque, l'esercizio di quel potere, che sul piano dell'oggetto è “verifica dell'esistenza e regolarità dell'obbligazione”, sul piano della direzione delle norme si configura come “finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico” e come “procedimentalizzazione dell'attività certificatoria”, delineando una “disciplina di diritto pubblico”. Ne viene, in conclusione, che si tratta di esercizio del potere amministrativo autoritativo e di giurisdizione amministrativa.

3.- Impostazione del problema.

Nei due gradi di giudizio emergono due soluzioni contrapposte, dalle quali si sviluppa una novità: per il Tar l'atto vincolato appartiene alla giurisdizione ordinaria[4], mentre per il CGARS l'atto vincolato appartiene alla giurisdizione amministrativa. Il fattore sottinteso che fa cambiare la giurisdizione è il potere amministrativo; per il Tar l'atto vincolato non è espressione di potere autoritativo, per il CGARS l'atto vincolato è espressione di potere autoritativo. Donde un interrogativo di fondo: che significa potere autoritativo?

4.- Sul potere autoritativo

Il potere autoritativo, si sa, rappresenta il vero fattore sottinteso della giurisdizione, secondo l'insegnamento reso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004. Questa concezione sembra riflettersi anche nella sentenza in commento. Difatti, dal ragionamento del CGARS emerge una certa capacità giuridica del potere, che aiuta a identificarne la natura. Si legge che il potere vincolato, pur se predeterminato dalla legge, non si trasforma in "*categoria civilistica*" e non diventa "diritto potestativo". Della motivazione colpisce il seguente passo: il potere vincolato resta potere autoritativo, in quanto esprime non solo "*supremazia*" ma "*funzione*". Funzione vuol dire "*finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico*". Appare così il fattore finale del potere, l'interesse. Precisamente, la funzionalizzazione all'interesse.

Questo fattore funzionale può spiegare anche il contenuto che il potere vincolato assume: si legge nella sentenza che il contenuto vincolato non si esaurisce in un atto ricognitivo e non è "*una mera operazione contabile che culmina nella certificazione del credito*", ma, "*dal punto di vista logico e semantico*", l'atto è "*espressione di un motivato giudizio critico*"; questo giudizio critico, sempre nella prospettiva della sentenza in esame, si svolge sul piano delle norme; dice il CGARS che sul piano normativo la funzione assume la forma di una "*procedimentalizzazione dell'attività certificatoria*", delineando una "*disciplina di diritto pubblico*"^[5].

In sintesi, quando il potere è vincolato a un fine pubblico, quel potere non è puro riconoscimento di un fatto, ma è giudizio sul fatto, perché verifica che quel fatto sia adeguato all'interesse. Non a caso, la sentenza dice che la valutazione si risolve in un "*motivato giudizio critico*".

Questo giudizio critico, nel caso in esame, fa comprendere meglio il motivo del ritiro in autotutela: non si tratta solo di verificare che il credito sia certo, liquido ed esigibile, ma che sia sorto su di un titolo valido; difatti, nel caso di specie, il titolo sembrava malfermo, perché il credito sorgeva da un contratto affidato senza gara. Da qui il dubbio: può certificarsi un credito che nasce da un contratto nullo, quando quella certificazione serve a soddisfare anche interessi pubblici?

Il potere vincolato può spingersi a simili valutazioni?

Secondo il CGARS, la risposta è sì, perché l'estensione dell'oggetto del potere vincolato, dall'esistenza del credito alla validità, è funzionale a soddisfare interessi pubblici, ovvero, nella specie, l'interesse alla spesa pubblica e alla certezza nella circolazione del credito. Viceversa, assecondando lo schema del TAR, la risposta è no, il potere vincolato non può spingersi a tanto, perché la certificazione risponderrebbe solo a interessi del creditore privato e quindi sarebbe sufficiente l'accertamento del credito in termini di liquidità, certezza, esigibilità.

Nell'ambito di questo ragionamento, tutto sembra finire all'interesse di fondo. L'interesse pubblico può essere la causa del potere amministrativo e, dunque, la chiave che spiega la giurisdizione amministrativa, e, infine, la chiave di una ricostruzione teorica del potere. In teoria, infatti, esaminando il modo in cui la legge agisce nel definire l'atto vincolato, quando per esempio essa configura il vincolo determinando i presupposti di fatto, in essi, spesso, inserisce anche un vincolo all'interesse pubblico; in questo caso la legge predetermina il potere, ma non lo "trasforma" in categoria civilistica, ovvero non riduce l'atto amministrativo a un *quid* proprio del diritto civile. Il potere vincolato resta potere amministrativo, perché la legge conserva il vincolo all'interesse e quindi trasfonde nell'atto l'esigenza che quel vincolo

si esprima in un “motivato giudizio critico”, come dice la sentenza. Il motivato giudizio critico è l'essenza di ciò che è potere autoritativo: il giudizio sull'interesse.

In questa luce l'interesse sembra porgere al riparto qualcosa di nuovo: sinora, nella ricerca della natura vincolata di un atto, si guardava all'oggetto e all'effetto giuridico dell'atto, e, dunque, era inevitabile che l'atto vincolato venisse fuori come una pura ricognizione, avulsa dal potere e destinata alla giurisdizione ordinaria^[6]; se invece si guarda al fine dell'atto, emerge l'interesse e quindi la visione cambia. E allora l'interesse, l'interesse pubblico, può essere un indice che aiuta a riconoscere quando vi sia potere autoritativo, rivelando altresì la giurisdizione amministrativa.

Questa considerazione dell'interesse, come si vedrà nelle conclusioni, ha solo bisogno di essere chiarita sul piano teorico e normativo, ma sul piano del riparto di giurisdizione già emergeva ben chiara e difatti veniva assunta a criterio dall'Adunanza plenaria n. 8/2007. L'Adunanza scioglieva il dubbio del riparto attribuendo l'atto vincolato alla giurisdizione amministrativa; nel particolare, l'Adunanza enunciava questo principio: *“anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica ... occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo”*; di conseguenza, *“applicando le esposte coordinate ricostruttive, ritiene questa Adunanza Plenaria che la controversia sia stata correttamente ritenuta dal giudice di primo grado di competenza del giudice amministrativo.”*

5.- Interesse pubblico e interesse privato.

Questa forza o influenza dell'interesse andrebbe precisata e resa più sicura: andrebbe tradotta in norme. Su questo piano si osserva che l'interesse orienta il potere già nelle norme che lo regolano. Non a caso il CGARS parla di una *“disciplina di diritto pubblico”*. Infatti, quando la legge vincola il potere non solo ai presupposti ma anche agli interessi, la lettura dei presupposti è condizionata dagli interessi. Pertanto, il giudizio contenuto nell'atto vincolato non si risolve solo nel verificare se il presupposto esista o non esista, ma si spinge a qualcosa di più, per esempio, nel caso nostro, alla validità del titolo, la quale si aggiunge, come elemento da valutare, al fine di garantire gli interessi insiti nell'atto di certificazione, ovvero, nel caso di specie, l'interesse alla spesa pubblica e alla certezza del credito. Non a caso, in dottrina, si osserva che in ogni atto di certificazione sono insiti interessi pubblici^[7]. Pertanto, viene fuori un giudizio di funzionalità dell'interesse, ma deve essere voluto, pensato e derivato dalle norme stesse, altrimenti è arbitrio. Precisamente, un indice di questa funzionalità dovrebbe dedursi dalla norma stessa e, meglio, dal rango e direzione della norma; difatti, se la norma in questione è, come spesso accade, norma di regolamento, è norma di azione e di sicuro contempla interessi pubblici. In conclusione, se la norma, per natura, vincola il potere a fini pubblici, è scontato che la controversia finisca al giudice amministrativo, come già aveva stabilito l'Adunanza plenaria n. 8/2007. Se, invece, per volontà della norma, l'atto è avulso del tutto da interessi pubblici, esso è vincolato a interessi privati e quindi si tratta di rapporti, di obbligazioni, di giurisdizione ordinaria. Questa distinzione emerge chiara anche nell'Adunanza plenaria n. 8/2007, che afferma: *“Sembra, infatti, che debba distinguersi, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte*

all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico".

Questa distinzione, a questo punto è chiaro, potrebbe alimentarsi dell'interpretazione funzionale delle norme e potrebbe generare due vantaggi pratici. Il primo è che evita la rottura del criterio classico, basato sull'esercizio del potere e sulla carenza di potere. Difatti, usando la tesi dell'interesse, il criterio del potere si mantiene, perché dire che il potere è vincolato a interessi pubblici vuol dire che sempre di potere amministrativo si tratta; se invece il potere è svincolato da interessi pubblici, l'atto non è espressione di potere amministrativo, ma è espressione di interessi privati e quindi, trattandosi comunque di interessi, allude a una capacità di diritto privato della p.a.; in questo modo, in fondo, il criterio del potere si mantiene.

Questa ricostruzione ha il vantaggio di spiegare anche il criterio in apparenza contrario, quello del Tar Sicilia, per cui l'atto vincolato si sottrae alla giurisdizione amministrativa. Se si osservasse alla lettera questo criterio, andrebbe in crisi il criterio generale, quello fondato su esercizio del potere e carenza di potere: difatti, al giudice ordinario andrebbe l'atto vincolato e non la carenza di potere. Qui sembra giusto aggiungere un breve richiamo allo stato delle cose e alla piega che sembra prendere il criterio in alcune materie. In alcuni casi recenti, la giurisprudenza sembra modificare leggermente il criterio generale del riparto, sostituendo alla carenza concreta del potere la figura di un atto che viene denominato ricognitivo o vincolato. Per esempio, in materia di domanda di permesso di soggiorno per motivi umanitari (Cass. Sez. un., ord. n. 11535/2009; Cons. St., III, 5125/2011), si dice che non vi sono poteri discrezionali dell'amministrazione, bensì solo "atti ricognitivi" dell'amministrazione, volti ad accertare i presupposti fissati dalla legge per l'emanazione del permesso; il giudice aggiunge infine la dichiarazione che in questi casi vi è un diritto soggettivo, riconducibile all'art. 2 e all'art. 10 della Costituzione, e per questo motivo si sposta la giurisdizione, da quella del giudice amministrativo a quella del giudice ordinario.

In questo modo, in questo orientamento, in luogo della distinzione "esercizio del potere-carenza concreta del potere", apparirebbe la distinzione "atto discrezionale-atto ricognitivo", oppure quella "atto discrezionale-atto vincolato"^[8].

Sul piano teorico, si può osservare che l'atto dell'amministrazione, vincolato o ricognitivo che sia, risponde a interessi privati e quindi esprime una diversa capacità dell'amministrazione, una capacità di diritto privato; in questo modo il criterio generale si spiega e si mantiene, perché in fondo sempre di esercizio del potere si tratta, solo che in questo caso si tratta di un potere privato.

In conclusione, la formula dell'interesse permette di distinguere: quando il potere vincolato è finalizzato a soddisfare interessi pubblici, resta potere autoritativo e quindi resta la giurisdizione amministrativa; quando invece il potere non sia vincolato a interessi pubblici, l'atto non è esercizio del potere amministrativo, ma soddisfa interessi privati e quindi ha bisogno d'una capacità privata dell'amministrazione, che possa gestire diritti soggettivi, propri e altrui. Il che spiega la giurisdizione ordinaria.

Tutto dunque potrebbe poggiare sulla distinzione degli interessi e sull'assunto, teorico, per il quale laddove vi siano interessi c'è bisogno di potere e di capacità. Per questo motivo, tutto sta a interpretare le norme della materia alla luce del bilanciamento delle situazioni giuridiche

rispetto agli interessi e alle norme. Se l'interpretazione delle norme rivela che la libertà del privato preesiste e che l'interesse prevalente è a suo favore, il potere amministrativo scompare o diviene residuale e quindi è logico parlare di atto "ricognitivo" dell'amministrazione. Purché sia chiaro che quell'atto esprime una capacità di diritto privato e per questo è devoluto alla giurisdizione ordinaria; in questo caso è chiaro che l'amministrazione non ha potere autoritativo e il suo agire è quello che la giurisprudenza chiama "atto ricognitivo", ma, in verità, non si tratta di un atto amministrativo, ma di un fatto giuridico che manifesta interessi nel diritto civile. Qui non si può approfondire la valenza di questo fatto giuridico, ma, considerato come oggetto della giurisdizione ordinaria, e sotto il profilo della tecnica di tutela dei diritti soggettivi, è acquisito che si tratta di ipotesi in cui l'amministrazione "*agisce esercitando la propria capacità di diritto privato*" [9]. Si potrebbe forse aggiungere, in senso civilistico, che il fatto giuridico che qui si produce può contenere tante valenze e resta aperta la questione di cosa valga, ma, nella sua efficacia giuridica, di sicuro quel fatto non si riduce a mero fatto come la carenza di potere, ma è un fatto i cui effetti si producono per volontà della legge-effetti non negoziali- a tutela di un interesse privato, e sono determinati ed effettivi, nel concreto, a causa dell'esercizio di una diversa capacità giuridica dell'amministrazione; nel caso nostro, la capacità di diritto privato dell'amministrazione si esprime nel riconoscimento del suo debito verso il creditore privato.

In conclusione, nel fatto giuridico che qui si assume e che appartiene alla giurisdizione ordinaria, non si vede atto amministrativo perché non si vede potere amministrativo, dal momento che non c'è giudizio sull'interesse pubblico; viceversa, appare un agire che è espressione di una diversa capacità dell'amministrazione. Appare così l'importanza dell'interesse e del potere per la produzione degli effetti giuridici[10]. Quanto sia del privato in termini di capacità di produrre effetti giuridici, si apprezza come fattore sottinteso, che si manifesta nella capacità di riconoscere e di limitare i diritti soggettivi. E' una distinzione, questa, che sembra utile per chiarire la qualità di quel che si produce e quanto si trasfonde nella pratica del criterio di riparto; ma, in fondo, rivela anche l'idea che il riparto delle giurisdizioni non risponde solo a situazioni giuridiche soggettive, ma a norme diverse e a ordinamenti giuridici diversi.

[1] L'impostazione è tratta da ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 113 ss.

[2] Sul versante della tutela civile dei diritti, si acquisisce l'impostazione di F. FRANCIOSI, *Forme e tecniche di tutela del diritto soggettivo nei confronti della P.A.*, ora in F. FRANCIOSI, *Garanzia degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, 317 ss., spec. 318 -319, con sviluppi nelle conclusioni.

[3] Art. 9 del decreto-legge 9 novembre 2008 n. 185, convertito con legge 28 gennaio 2009 n. 2 e s.m.i.- la rubrica dell'art. 9 è intitolata "Rimborsi fiscali ultradecennali e velocizzazione, anche attraverso garanzie della Sace s.p.a., dei pagamenti da parte della p.a."

[4] La tesi del Tar Sicilia sembra rispecchiare una tesi, ora superata, che in passato era appartenuta al C.G.A.R.S.: v. ordinanza del C.G.A.R.S. 29-1-2007 n. 21, di remissione all'Adunanza plenaria (la n. 8/2007, di cui meglio si dirà in seguito).

[5] In dottrina cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2021, 567: "La nozione di controversie di diritto pubblico è del tutto speculare a quella di rapporti di diritto pubblico, questa seconda operante sul piano sostanziale, l'altra sul piano della tutela giurisdizionale. Ad ogni rapporto di diritto pubblico, inteso come quello che si instaura nell'ambito di un episodio di esercizio del potere da

parte di una pubblica Amministrazione ... possono corrispondere controversie ... tra i soggetti che sono parti di quel rapporto ... Queste controversie sono quelle che costituiscono, appunto, l'oggetto della giurisdizione amministrativa."

[6] V. per esempio l'ordinanza del C.G.A.R.S. 29-1-2007 n. 21, di rimessione all'Adunanza plenaria (la n. 8/2007), che, invece, finirà col privilegiare un'altra soluzione: riteneva l'ordinanza che dovesse spettare alla giurisdizione ordinaria l'atto vincolato che sia espressione del "potere di accertamento e di valutazione (meramente) tecnica in ordine alla sussistenza di determinati requisiti, senza che residui alcun margine di discrezionalità circa la rispondenza o meno del chiesto riconoscimento all'interesse pubblico."; in questo caso, secondo l'ordinanza, all'atto vincolato corrisponderebbe un diritto soggettivo.

[7] In questo senso, per la possibilità di configurare un atto vincolato agli interessi pubblici, v. in dottrina G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2021, 42: "*Anche i poteri vincolati sono rivolti al perseguimento dell'interesse pubblico (negli esempi fatti, alla certezza dell'identità delle persone ...): ma ogni valutazione relativa ad esso è stata assorbita dalle norme che regolano l'attività, sicché seguire le norme significa al tempo stesso perseguire l'interesse pubblico da esse definito e in esse in qualche modo incorporato.*"

[8] Una notazione incidentale: tra atto ricognitivo e atto vincolato si può far subito una differenza teorica, perché l'atto vincolato presuppone un obbligo giuridico dell'amministrazione, mentre l'atto ricognitivo allude solo alla capacità giuridica e al fatto da accertare, ovvero rivela che l'amministrazione si limita a verificare l'esistenza della situazione delineata *ex lege*, senza che vi sia discrezionalità dell'amministrazione.

[9] L'impostazione del ragionamento è tratta da F. FRANCIOSI, *Forme e tecniche di tutela del diritto soggettivo nei confronti della P.A.*, cit., 317- 319.

[10] Cfr. F. G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, *Dir. amm.*, 1995, 1 ss., 33: "da un lato c'è il potere di figurare (o disegnare) l'effetto, determinando la disciplina (il regolamento) degli interessi; dall'altro c'è il potere di costituire l'effetto, realizzando l'assetto di interessi prefigurato."

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1612 – 12 marzo 2021

Whatsapp e l'ordinamento militare tra interesse pubblico e privato (nota a TAR Emilia-Romagna, sez. I, 18 febbraio 2021 n. 124)

di Alessandro Cioffi

Il fatto è semplice, ma solo in apparenza. Un militare intraprende un'attività di piccolo commercio: vende cani sul web, cuccioli di razze pregiate. Pubblica l'offerta in un noto sito di vendite tra privati ("*Subito.it*") e poi, quando riceve le offerte, passa a negoziare su *whatsapp*; lì, nel profilo, esibisce la sua foto in divisa, a prova della sua affidabilità, per rassicurare gli acquirenti. L'amministrazione militare se ne avvede e reagisce: procedimento disciplinare e sospensione dal servizio.

Nel ricorso, il militare fa valere la violazione della vita privata, evoca l'art. 2 Cost., ma, soprattutto, afferma che l'esibizione della divisa è avvenuta su *whatsapp* e non sul sito di vendite *Subito.it*. Di conseguenza, lamenta la discrasia tra fatto punito e fatto contestato: l'amministrazione infatti, nel procedimento, finiva per punire il fatto come se fosse un fatto di rilievo pubblico, giacché la sanzione della sospensione dal servizio si addice alla violazione di doveri e di interessi istituzionali, che riguardano il prestigio e l'immagine dell'amministrazione militare.

Su questo il militare sembra aver ragione, perché la sentenza accoglie il ricorso e annulla la sanzione. Difatti, dalla lettura della sentenza, viene fuori che in fondo il sindacato del giudice stigmatizza un solo fatto: l'amministrazione contesta la vendita di cuccioli, ma sfiora e non chiarisce il modo della vendita, cioè l'esibizione del militare su *whatsapp* e sul sito *Subito.it*, e difatti, nell'istruttoria procedimentale, il momento della esposizione sul sito *Subito.it* sfugge ad ogni prova e rimane "affermazione indimostrata", mentre l'esibizione della divisa su *whatsapp* è contestata in un secondo momento, in giudizio (probabilmente perché questo fatto non sfugge alla disponibilità dell'amministrazione, giacché il numero usato dal militare

su *whatsapp* appartiene all'Accademia di Modena); così, alla fine, l'amministrazione punisce il fatto con una sanzione che si addice al danno all'immagine dell'Amministrazione, come se il fatto fosse avvenuto in pubblico, sul sito *Subito.it*.

Qui immediatamente sorge il problema: si può punire come illecita esposizione al pubblico un'immagine che invece compare nel privato ?

E soprattutto: *whatsapp* è privato ?

La risposta che si espone nella sentenza è chiara: la foto è esibita su *whatsapp* e *whatsapp* è considerato un "applicativo privato"- scrive infatti il giudice: è "strumento telematico di comunicazione a distanza di natura privata".

Diverso sarebbe stato, secondo il giudice, se il militare si fosse esibito in divisa sul sito *Subito.it*, ma questa prova manca e il fatto resta "indimostrato" – precisamente, secondo la sentenza: "A diverse conclusioni si giungerebbe in ipotesi di avvenuta diffusione pubblica delle immagini del militare in uniforme al fine di promuovere l'attività di vendita di cani, in ipotesi certamente gravemente lesiva dell'immagine e del decoro delle Forze Armate ... diffusione si ribadisce tuttavia non contestata in sede di addebito disciplinare né tantomeno dimostrata dall'Amministrazione."

In conclusione: non si può punire un fatto che avviene in privato con una sanzione che si addice a un interesse pubblico. Qui si vede bene tutto il limite dell'ordinamento militare, il limite dell'interesse pubblico che vale solo dentro l'istituzione[1]. Quindi, non vale su *whatsapp*, che è vita privata, mentre potrebbe valere su *Subito.it*, che è *social media*, è vita pubblica. In termini istituzionali, diremmo interesse privato e interesse pubblico. E non si può sanzionare l'uno al posto dell'altro. Emerge così quella distinzione tra interesse pubblico e interesse privato che è sostanziale e ontologica, e che vale a separare le sfere e gli ordinamenti e, quindi, incide sulla validità dell'atto amministrativo: la sfera privata non è sfera pubblica e quindi l'una non può essere confusa con l'altra; dunque, punire come pubblico un fatto privato è illegittimo, o, meglio, come dice la sentenza, rivela una motivazione illogica e una valutazione inadeguata, sotto il profilo del sindacato di ragionevolezza.

Questo vizio, nella motivazione della sentenza, si riflette in un secondo vizio, il vizio del procedimento: se l'amministrazione punisce un fatto ma non lo contesta nel procedimento, viola il principio di corrispondenza tra addebito e sanzione. Ovvero, in fondo, per una certa lettura teorica, viola il principio del procedimento, il procedimento stesso. Difatti, l'esibizione su *Subito.it* è accaduta veramente, ma non è stata contestata e dimostrata, quindi non esiste nel procedimento. E ciò che non esiste nel procedimento non esiste nel mondo del diritto amministrativo. Riemerge così il valore di una formula antica: il procedimento è forma necessaria della funzione. Se la *forma necessaria* aveva e ha un senso, è proprio questo: dare rilevanza giuridica al fatto del procedimento e negare rilevanza a quanto sia fuori di esso. E poiché continuiamo a leggere la formula della forma di Benvenuti anche in pagine di manuali autorevoli e recenti, è naturale che anche la realtà effettuale della giurisdizione di annullamento utilizzi quella formula e le dia valore. Precisamente, come ragione giuridica dell'annullamento e come criterio di ragionevolezza dell'agire amministrativo.

Su questo punto, la ragionevolezza, vale la pena di spendere un'osservazione in più. Verte sul sindacato e sul riesercizio del potere. Nel giudizio, s'è visto, spicca un fatto solo: la non

corrispondenza tra addebito e sanzione, ovvero la sostituzione, il trattare un fatto privato come fosse un fatto d'interesse pubblico, donde una sanzione inadeguata al fatto, e il vizio d'inadeguatezza della motivazione. Questo per il giudice è un vizio preciso, ma è anche altro: dice che il fatto non contestato ha una sicura rilevanza, è sicuramente illecito, ma sotto un altro profilo, da contestare e rivalutare; e questo lo dice all'amministrazione, per il futuro.

E', questo, un vincolo al riesercizio del potere ?

Sembra di sì; il problema è che in questa indicazione il giudice vede un sindacato che, dice, è di "ragionevolezza" e si svolge "senza sostituirsi" all'amministrazione. Sembra invece che sia di merito. Difatti, il vincolo della sentenza cade non sul fatto ma sulla qualificazione del fatto. Quindi sembra che al riesercizio del potere amministrativo non resti molto spazio. Il giudizio di merito è quasi tutto esaurito. E la sanzione che ne verrà è già annunciata, per effetto dell'indicazione del giudice, del vincolo conformativo. Così, la sanzione disciplinare qui diventa un'altra cosa e altra cosa diventano la valutazione dell'amministrazione e il rapporto con il sindacato giurisdizionale. Si potrebbe dire che, a giustificare il nesso, siamo nel famoso "modello della integrazione" tra giurisdizione e amministrazione, per effetto del vincolo conformativo^[2]; e che per virtù di quel modello la valutazione del giudice e la valutazione della p.a. vengano a saldarsi in un tutt'uno, con il giudice che dice che il fatto è sicuramente illecito e con l'amministrazione che viene chiamata a concludere quella valutazione, stabilendone la gravità. Sembra, quindi, per una certa lettura teorica della sostanza, che quel fatto, visto in sé, riveli la distinzione e l'assetto degli interessi, e in fondo il limite o l'attrazione nell'ordinamento militare; ma se davvero quel fatto rappresenta tutto questo, è, semplicemente, merito amministrativo. Dovrebbe finire nella sfera di autonomia dell'amministrazione e invece finisce sotto il nome della ragionevolezza e nel sindacato di legittimità. Così, sembra sempre più forte il sindacato del giudice e sembra sempre più sfumato il limite, che è dell'ordinamento, tra legittimità e merito, specie quando il giudice finisce per toccare la consistenza dell'interesse. Ma questa è un'altra storia.

[1] Sul punto specifico cfr. V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano, 1958.

[2] v. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, 1521 ss., 1536.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1832 – 29 giugno 2021

Semplificare per resistere. Il d.l. “Semplificazioni-Governance” n. 77/2021 e i contratti pubblici

di Alessandra Coiante e Sabrina Tranquilli^[1]

Sommario: 1. Premessa: le rime obbligate tra “resilienza” e “competenza” - 2. La *governance* rafforzata del PNRR - 3. Le competenze si acquisiscono “*in house*” - 4. Il rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti - 5. La linea prioritaria per estendere l’alta velocità ferroviaria - 6. Il rafforzamento del dibattito pubblico - 7. Misure premiali per sostenere la pari opportunità, generazionali e di genere, tramite i contratti pubblici - 8. Le deroghe per le opere del PNRR e PNC - 9. La “transizione” verso l’eliminazione della quota massima subappaltabile - 10. Le modifiche alle procedure sottosoglia - 11. La copertura normativa alle linee guida sul Collegio consultivo tecnico (CCT) - 12. Il tentativo di (ri)partenza “in deroga” delle ZES - 13. L’accelerazione nella fase di esecuzione e i “premi” per la celere esecuzione dei contratti - 14. Conclusioni. *Is the elephant (still) in the room?*

An investment in knowledge pays the best interest

Benjamin Franklin

1. Premessa: le rime obbligate tra “resilienza” e “competenza”.

Lo scorso 22 giugno la Commissione europea ha approvato il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR^[2]), denominato “*Italia domani*”^[3], per la ripartenza del Paese che porterà i

primi 24,9 miliardi di euro del *Recovery fund* (pari al 13% dello stanziamento totale) entro luglio 2021.

Sebbene il PNRR si prospetti come la più grande opportunità - che si presenta da decenni - in termini di sviluppo e di ammodernamento del nostro Paese, sono ancora innumerevoli i dubbi sulle scelte in merito all'investimento e alla spesa delle risorse economiche, alla realizzazione dei progetti presentati e ai relativi strumenti di attuazione.

La prima "mossa" del Governo verso l'attuazione del PNRR è costituita dalla semplificazione normativa e amministrativa. Di recente è stato quindi adottato l'ormai quasi seriale[4] decreto semplificazioni "estivo" (d.l. 31 maggio 2021, n. 77, pubblicato in pari data sulla G.U. n. 129).

Gli obiettivi del d.l. 77/2021 sono, come spesso avviene quando ci si dirige velocemente (o almeno così parrebbe in base all'andamento calante dei contagi e alla positiva progressione della campagna vaccinale[5]) verso la porta di uscita da una dura crisi, ambiziosi e nobili. Tra le maglie del decreto la semplificazione si inserisce come un volano non solo per la vitale ripresa economica del Paese, ma anche come strumento utile a dare nuova linfa a valori e diritti fondamentali di rango costituzionale quali l'uguaglianza, la solidarietà, l'inclusione, la cultura, la competenza delle risorse umane utilizzate dall'Amministrazione, oltre che come strumento per sostenere politiche climatiche e ambientali.

Il perseguimento di questi obiettivi e - soprattutto il più efficiente impiego degli ingentissimi fondi europei del *Next Generation EU*[6] e del *Recovery fund* - è accompagnato dall'ancora più ambizioso intento di rafforzare (finalmente) la capacità amministrativa interna dell'Amministrazione che dovrebbe consentire di utilizzarli in modo più efficace e senza inutili dispersioni[7]. Si potrebbe dire, usando una nota espressione inglese, che finalmente ci si accorge di quanto è ingombrante "*the elephant in the room*" finora a spese di tutti ignorato. L'obiettivo primario è quello di valorizzare le migliori competenze già esistenti, quello secondario acquisirne, in modo sembra pressoché massivo, di nuove, valorizzando specifiche professionalità e merito.

Significativamente, infatti, a distanza di pochi giorni dalla pubblicazione del d.l. n. 77/2021, il 9 giugno 2021, il Governo ne ha adottato un altro (d.l. n. 80/2021 c.d. "decreto reclutamento") - evidentemente complementare al primo - recante "*Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia*", in cui sono inserite "misure speciali" (declinate nelle forme di incarichi di collaborazione e contratti a tempo determinato) per il conferimento di incarichi professionali funzionali all'attuazione del PNRR. Le risorse umane, una volta acquisite e utilizzate dall'Amministrazione per almeno 36 mesi, potranno poi beneficiare di una "riserva di posti" (non superiore al 40 per cento) nei futuri bandi di concorso per il reclutamento di personale a tempo indeterminato[8]. Lo stesso d.l. n. 80 prende poi (finalmente) atto dell'altro "*elephant in the room*" e affronta, seppur molto timidamente, la spinosa, ma centrale, questione della formazione del personale delle Amministrazioni potenziando il ruolo dell'Associazione Formez e della Scuola nazionale dell'Amministrazione quali soggetti incaricati di supportarle nell'attuazione del PNRR[9].

La prima sensazione che suscita la lettura "a caldo" dei nuovi dd.ll. (congiuntamente al PNRR) è che, stavolta, seppure con l'auspicata - opportunamente ponderata, ma davvero

abbondante - somministrazione “extra” di coraggio in sede di conversione, qualcosa potrebbe effettivamente cambiare, persino in meglio, agevolando la quanto più possibile rapida ripresa del Paese.

I suddetti due recenti dd.ll., pur incidendo su settori e aspetti nevralgici dell’Amministrazione sono, come spesso avviene, dichiaratamente adottati per fronteggiare un’esigenza contingente, ossia permettere la più efficace attuazione del PNRR, del PNC (Piano nazionale per gli investimenti complementari) e del Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima 2030 (PNIEC). Allo stesso tempo, questi decreti tuttavia guardano anche al futuro e hanno l’ambizione di imprimere un “impulso decisivo^[10]” e rendere più solido il funzionamento di molti settori dell’ordinamento amministrativo (edilizia, ambiente, energia, concorrenza, contratti pubblici, etc.) su cui direttamente e strategicamente incidono i Piani.

Le misure introdotte tuttavia sono perlopiù di sistema e, come tali, in grado di radicarsi nell’ordinamento amministrativo nel lungo periodo.

Con l’obiettivo di trasmettere maggiore certezza ai cittadini, ma soprattutto agli investitori fortemente scoraggiati da un apparato normativo e amministrativo complesso e talvolta persino ingannevole^[11], alcune modifiche generali riguardano direttamente il procedimento amministrativo^[12]. Oltre alla modifica del regime dei poteri sostitutivi di cui all’art. 2 della l. n. 241/1990^[13], si diminuisce il termine di 18 mesi previsto dall’art. 21-*nonies* della stessa legge a 12 mesi. Nei casi di formazione del silenzio assenso viene inoltre introdotta la possibilità di chiedere all’Amministrazione una ricevuta attestante il decorso del termine per provvedere, precisando che, in mancanza di tale rilascio, il privato potrà procedere ad una autodichiarazione *ex art.* 47 del d.P.R. n. 445/2000^[14].

Con riferimento al settore dei contratti pubblici, il PNRR aveva annunciato un intervento in due fasi diversificando le misure “urgenti” da quelle “a regime”^[15]. Le misure “urgenti” sono state ora inserite nel d.l. semplificazioni-governance^[16].

Le misure “a regime”, che mirano a rivedere complessivamente il Codice dei contratti per sostituirlo con una “*nuova disciplina più snella rispetto a quella vigente, che riduca al massimo le regole che vanno oltre quelle richieste dalla normativa europea*”^[17], saranno invece adottate con legge delega da presentare in Parlamento entro il 31 dicembre 2021. Entro i successivi nove mesi dovranno poi essere adottati i relativi decreti legislativi attuativi.

Occorre tuttavia sgombrare il campo d’indagine da un possibile equivoco. Nel settore dei contratti pubblici l’esigenza di semplificazione (normativa e amministrativa) non scaturisce di certo dalla crisi sanitaria (e da quella economica-sociale provocata da quest’ultima), ma deriva da problemi molto più radicati e di sistema solo peggiorati dalla pandemia. Già a marzo 2019 il Governo aveva del resto presentato un disegno di legge recante una “*delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l’integrazione della normativa in materia di contratti pubblici*”^[18]. Tale generale riforma si annunciava come fortemente “necessaria” non solo al fine di adeguare il settore dei contratti pubblici all’evoluzione della torrenziale giurisprudenza in materia (e per sciogliere non pochi contrasti interpretativi provocati dal Codice dei contratti) ma anche per rimediare ai numerosi problemi applicativi scaturenti dalla normativa di settore (sia codicistica che regolatoria adottata dal 2016)^[19].

Qui di seguito si analizzeranno, con alcune notazioni a primissima lettura, le disposizioni del d.l. semplificazioni e governance che toccano più incisivamente il settore dei contratti pubblici. L'analisi si focalizzerà sia sulle disposizioni che, pur non toccando direttamente la disciplina dei contratti pubblici, incidono comunque sulle procedure di affidamento al fine di incentivare la sollecita realizzazione delle opere pubbliche, sia su quelle che modificano direttamente la relativa disciplina codicistica ed extracodicistica.

2. La *governance* rafforzata del PNRR

Per evitare che i procedimenti amministrativi nei settori incisi dai diversi Piani possano arenarsi per mancanza di un efficace sistema di raccordo tra le autorità competenti all'esecuzione degli interventi programmati, il d.l. n. 77 affida tale compito a una peculiare struttura di *governance* articolata su più livelli.

Ciascun Ministero dovrà individuare al proprio interno fino alla fine del 2026 una unità organizzativa interna a livello di direzione generale incaricata del coordinamento, il monitoraggio e la rendicontazione e controllo dell'attività di competenza relative piano.

Il PNRR affida il coordinamento centrale per il monitoraggio ed il controllo sull'attuazione del Piano al Ministero dell'economia e delle finanze che, tramite un'apposita struttura organizzativa, costituisce anche il punto di contatto con la Commissione europea[20]. Il d.l. prevede quindi l'istituzione del Servizio centrale per il PNRR presso la Ragioneria generale dello Stato (art. 6). Il loro ruolo è di monitorare attivamente l'andamento degli investimenti e, seguendo le procedure fissate dallo stesso d.l., proporre interventi di tipo normativo o amministrativo in grado di rimuovere eventuali ostacoli alla loro attuazione.

Lo stesso Piano affida invece i compiti di monitoraggio, di rafforzamento della cooperazione sociale e territoriale, proposta sull'attivazione dei poteri sostitutivi in caso di inadempimento da parte degli enti locali e proporre modifiche normative per l'implementazione delle misure, ad una nuova Cabina di Regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il d.l. rafforza dunque ulteriormente la struttura degli uffici della Presidenza cui sono demandati (sempre maggiori) compiti di coordinamento politico-amministrativo[21].

Sia per la sua composizione, che per la funzione che va a svolgere, la nuova Cabina di Regia si differenzia nettamente da quella attualmente istituita, in attuazione dell'art. 212 del Codice dei contratti, presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL). L'art. 2 del d.l. attribuisce infatti alla nuova Cabina il compito di orchestrare le misure attuative dei Piani con il supporto di una Segreteria tecnica (art. 4) costituita presso la stessa Presidenza[22]. La Cabina è stata pensata come una struttura "variabile" a cui partecipano i Ministri (e i Sottosegretari di Stato alla Presidenza) di volta in volta competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna riunione. Possono in alcuni casi partecipare alle sedute altri soggetti interessati come i Presidenti delle Regioni.

La Cabina esercita specifiche funzioni di coordinamento (deve infatti fornire "*l'indirizzo, impulso e coordinamento generale*" sull'attuazione degli interventi del Piano[23]) e si occupa del raccordo, tramite il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, con gli enti locali. Qualora

sia necessario il coordinamento e l'armonizzazione tra le funzioni statali di programmazione e l'attuazione degli investimenti previsti dal Piano e l'esercizio delle competenze costituzionalmente attribuite alle Regioni e al sistema delle autonomie locali, il Ministro partecipa alle sedute della Cabina e dei due Comitati interministeriali e, su impulso di questi, promuove le iniziative opportune (anche in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, nonché di Conferenza unificata).

Nei casi in cui il coordinamento si renda necessario e si tratti di materie su cui Regioni e Province autonome “*vantano uno specifico interesse*”, si prevede la partecipazione ai due Comitati interministeriali (per la transizione digitale; per la transizione ecologica) del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

La Cabina assume inoltre rilevanti poteri di impulso rispetto alle misure di attuazione dei Piani, potendo proporre l'attivazione degli specifici “poteri sostitutivi” previsti dall'art. 12 dello stesso d.l., esercitabili da parte dello Stato in caso di inadempienza agli obblighi dei Piani da parte degli enti locali^[24]. Tale modello sostitutivo si differenzia nettamente - in quanto meno formalizzato e più snello - da quello che era stato introdotto con scarsa fortuna dall'art. 4 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. “Legge Madia”)^[25] rispetto a procedimenti di rilevante impatto economico e sociale.

In materia di governance la scelta italiana si differenzia, in parte, da quella effettuata dagli altri Paesi europei che, pur prevedendo come punto di contatto unico con la Commissione UE il Ministero dell'Economia, hanno poi individuato un solo organo di coordinamento tra le strutture amministrative già esistenti oppure costituito un ente o ufficio *ad hoc*^[26]. Sebbene gli ambiziosi progetti previsti dal Piano italiano necessitino inevitabilmente di un forte coordinamento interno bisogna tuttavia evitare di dover “coordinare i coordinatori”.

3. Le competenze si acquisiscono “in house”

Gli artt. 9, 10 e 11 del d.l. in commento, che possono essere letti congiuntamente, incidono trasversalmente sul rafforzamento delle capacità interne dell'Amministrazione nella misura in cui siano funzionali all'attuazione del PNRR. Il modello prescelto è quello dell'avvalimento delle competenze (sia esterne che interne) per rafforzare progressivamente la capacità amministrativa delle singole Amministrazioni. Il d.l. dimostra un ampio *favor* verso le società pubbliche e punta sull'utilizzo dell'*expertise* tecnico-operativo in esse disponibile.

Con una disposizione di stampo generale e non particolarmente innovativa l'art. 9 si limita a precisare che la “realizzazione operativa” degli interventi previsti dal suddetto Piano è compito delle Amministrazioni centrali, delle Regioni, delle Province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali, sulla base delle specifiche competenze istituzionali e della diversa titolarità degli interventi definiti nel PNRR. Tali compiti - si precisa - devono essere eseguiti, come è ovvio che sia, “*attraverso le proprie strutture, ovvero avvalendosi di soggetti attuatori esterni individuati nel PNRR, ovvero con le modalità previste dalla normativa nazionale ed europea vigente*”.

L'art. 9, comma 2 del d.l. precisa che, al fine di assicurare l'efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR, tali Amministrazioni tuttavia possono “*avvalersi del supporto tecnico-operativo assicurato per il PNRR da società a prevalente partecipazione pubblica, rispettivamente, statale,*

regionale e locale e da enti vigilati”. Si tratta quindi di una disposizione che, per la realizzazione operativa degli interventi previsti dal Piano, mira a sfruttare le società e tante agenzie anche locali sorte nel tempo con lo scopo di promuovere lo sviluppo sociale, economico ed occupazionale del territorio. Il conseguimento degli obiettivi del PNRR dovrebbe tuttavia essere affidato non tanto all’implementazione prevalentemente quantitativa delle risorse umane a disposizione attraverso la combinazione di (tanti) “avvalimenti” interni con le nuove massive assunzioni, quanto ad una costante, parallela e rinnovata formazione dei (pochi ma qualificati) soggetti chiamati a intervenire nella fase di attuazione del Piano[27]. In sede di conversione inoltre dovrebbe essere previsto un efficace sistema di coordinamento anche locale tra tali soggetti e chiarito quali sono gli strumenti amministrativi con cui tale “avvalimento” interno potrà essere concretizzato, unitamente ai doverosi controlli (non solo di legalità, ma anche gestionali) sul loro esercizio.

Con il dichiarato e più specifico intento di “*sostenere la definizione e l’avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l’attuazione degli investimenti pubblici in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e comunitaria 2014-2020 e 2021-2027*”, l’art. 10, prevede la possibilità per le Amministrazioni di “avvalersi”, tramite apposite convenzioni, del supporto tecnico-operativo di società *in house* qualificate ai sensi dell’art. 38 del Codice dei contratti.

Tale attività di supporto, viene precisato, riguarda “*anche le fasi di definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi e comprende azioni di rafforzamento della capacità amministrativa, anche attraverso la messa a disposizione di esperti particolarmente qualificati*”. Il comma successivo reca specifiche indicazioni sui criteri per la valutazione della congruità economica dell’offerta delle società *in house* coinvolte, assumendo quale modello di riferimento gli standard operativi di Consip e sull’onere motivazionale giustificativo della scelta compiuta dall’Amministrazione. Il d.l. sul punto precisa che “*Ai fini dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n.50 del 2016, la valutazione della congruità economica dell’offerta ha riguardo all’oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento di Consip S.p.A e delle centrali di committenza regionali*”.

Il comma 4 legittima le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, per il tramite delle Amministrazioni centrali dello Stato, ad avvalersi del supporto tecnico-operativo delle società *in house* per la promozione e la realizzazione di progetti disviluppo territoriale finanziati da fondi europei e nazionali.

Ai fini dell’espletamento delle predette attività di supporto, l’ultimo comma dell’art. 10 consente alle società di utilizzare le proprie risorse o di ricorrere ad esperti esterni o acquisire “*competenze - di persone fisiche o giuridiche - disponibili sul mercato*”, nel rispetto di quanto stabilito dal Codice dei contratti.

Tali schemi di “avvalimento” di competenze sono tuttavia già largamente da tempo in uso da parte dell’Amministrazione[28]. Sarebbe forse invece opportuna in sede di conversione una definizione maggiore del perimetro di tali convenzioni e della tipologia e del contenuto dei controlli rispetto all’esercizio di questi “avvalimenti di competenze”.

4. Il rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti

Anche l'art. 11 del d.l. in esame si inserisce nell'ottica di supportare le competenze delle Amministrazioni e, in particolare, delle stazioni appaltanti, per il tramite di una specifica società per azioni in mano pubblica ossia Consip. S.p.A. Quest'ultima, sulla base di un disciplinare stipulato con il Ministero dell'economia e delle finanze, dovrà mettere a disposizione delle Amministrazioni specifici contratti, accordi-quadro e servizi di supporto tecnico, realizzando altresì un programma di informazione, formazione e tutoraggio nelle procedure di acquisto e progettualità nel limite di spesa di 8 milioni di euro annui dal 2022 al 2026.

In particolare, il comma 1 prevede che per aumentare l'efficacia e l'efficienza dell'attività di approvvigionamento e garantire una rapida attuazione delle progettualità del PNRR e degli altri programmi cofinanziati dall'Unione europea nel periodo 2021-2027, la Consip (i) metta a disposizione delle Amministrazioni specifici contratti, accordi-quadro e servizi di supporto tecnico; (ii) realizzi un programma di informazione, formazione e tutoraggio nelle procedure di acquisto e progettualità per l'evoluzione del sistema di *e-Procurement* e il rafforzamento della capacità amministrativa e tecnica delle Amministrazioni. Per le Amministrazioni territoriali Consip si coordina con le centrali di committenza regionali.

5. La linea prioritaria per estendere l'alta velocità ferroviaria

Il PNRR dedica, come noto, ampio spazio al potenziamento generale della linea ferroviaria per il tramite di interventi rilevanti sul piano delle infrastrutture e della logistica[29]. L'art. 44 del d.l. introduce una concertazione semplificata e accelerata per la realizzazione di dieci opere di rilevante impatto e interesse strategico per il Paese elencate nel successivo Allegato IV[30] tra cui alcune già in procinto di essere avviate[31].

Al comma 1 del suddetto articolo, si prevede la trasmissione da parte della stazione appaltante del progetto di fattibilità tecnica ed economica al Consiglio superiore dei lavori pubblici per la valutazione da parte del relativo Comitato speciale[32]. Come è stato segnalato dai primi autorevoli commentatori, tuttavia, la disposizione non impone alla stessa stazione appaltante un termine entro cui inviare il progetto consentendo così inutili dilazioni procedurali[33]. In caso di incompletezze, il progetto è restituito alla stazione appaltante con l'indicazione degli errori riscontrati e delle eventuali modifiche necessarie. A tale fase di approvazione si applica il meccanismo del silenzio-assenso.

Il comma 2 si occupa della verifica preventiva dell'interesse archeologico prescrivendo la trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica relativi dalla stazione appaltante alla competente soprintendenza decorsi quindici giorni dalla trasmissione al Consiglio superiore dei lavori pubblici dello stesso progetto (ovvero alla ritrasmissione al citato Consiglio nel caso in cui fossero necessarie modifiche o integrazioni). Il termine di cui al comma 3, secondo periodo, dell'articolo 25 del Codice dei contratti è ridotto da sessanta a quarantacinque giorni.

Nell'ipotesi in cui sia richiesta la VIA il progetto di fattibilità tecnica ed economica è trasmesso dalla stazione appaltante all'autorità competente sempre entro quindici giorni dalla trasmissione al Consiglio superiore dei lavori pubblici (ovvero alla ritrasmissione al citato Consiglio nel caso in cui fossero necessarie modifiche o integrazioni), unitamente alla

documentazione acquisita all'esito dello svolgimento del dibattito pubblico (su cui v. *infra*). Il comma 4 assegna un termine di quindici giorni alla stazione appaltante per convocare la conferenza di servizi in forma semplificata per l'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, con decorrenza del termine a partire dalla data di trasmissione al Consiglio superiore dei lavori pubblici del medesimo progetto. Nel corso della conferenza di servizi sono acquisite e valutate le eventuali prescrizioni e direttive adottate dal Consiglio superiore dei lavori pubblici, nonché gli esiti del dibattito pubblico e le eventuali preliminari osservazioni concernenti la verifica preventiva dell'interesse archeologico e la valutazione di impatto ambientale. Viene previsto che la determinazione conclusiva della conferenza sostituisca qualsiasi altro provvedimento, con effetti anche urbanistici, edilizi ed ambientali.

In caso di dissenso (non qualificato), la questione è posta all'esame del Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici e definita secondo una nuova modalità in cui è adottata una determinazione motivata improntata a una soluzione condivisa, che sostituisce il provvedimento della conferenza dei servizi. In presenza di dissensi qualificati ai sensi dell'articolo 14-*quinquies*, commi 1 e 2, della l. n. 241 del 1990, invece, il Comitato speciale demanda la risoluzione della questione al Consiglio dei ministri.

Il comma 7 prevede che la verifica del progetto definitivo e del progetto esecutivo, condotta ai sensi dell'art. 26, comma 6, del Codice dei contratti, debba estendersi anche all'ottemperanza alle prescrizioni impartite in sede di conferenza di servizi e di VIA. Il comma 8 infine pone in capo alla stazione appaltante l'obbligo di indire la procedura di aggiudicazione non oltre novanta giorni dalla data di adozione della determinazione motivata. In caso di inosservanza del termine di cui al primo periodo, potranno essere esercitati i poteri sostitutivi previsti dallo stesso d.l. all'art.12.

6. Il rafforzamento del dibattito pubblico

L'art. 46 del d.l. in commento introduce una serie di modifiche all'attuale disciplina attuativa del dibattito pubblico, contenuta nel dPCM n. 76 del 2018 per estenderne l'ambito di applicazione e velocizzarne il procedimento^[34]. Il suddetto dPCM, come noto, dando attuazione all'art. 22 del Codice dei contratti, ha circoscritto, mutuando il modello francese^[35], l'avvio del dibattito agli interventi maggiori (ad esempio elettrodotti oltre 40 km; strade e autostrade che prevedano un costo stimato superiore a 500 milioni di euro, etc.) con l'obiettivo di rendere trasparente il confronto sulle opere pubbliche di maggiore impatto, attraverso una procedura che consenta di informare e far partecipare le comunità interessate. Il d.l. n. 77 prevede che il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, dovrà adottare, su proposta della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore dello stesso decreto, delle nuove soglie dimensionali delle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico, inferiori a quelle previste dall'Allegato 1 del suddetto dPCM, in modo da estenderne l'ambito di applicazione.

Si stabilisce che in relazione agli interventi relativi alle grandi infrastrutture previste dallo stesso decreto, il dibattito pubblico abbia durata massima di trenta giorni e che tutti i termini previsti dal dPCM vengano ridotti della metà.

Nei casi in cui debba farsi ricorso al dibattito pubblico, la stazione appaltante provvede ad avviare il relativo procedimento contestualmente alla trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica al Consiglio superiore dei lavori pubblici per l'acquisizione del parere, di cui all'art. 45, comma 1 dello stesso d.l..

In caso di restituzione del progetto, il dibattito pubblico è sospeso con avviso pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante. In tali ipotesi, il termine riprenderà a decorrere dalla data di pubblicazione sul medesimo sito istituzionale dell'avviso di trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica integrato o modificato secondo le indicazioni fornite dal Consiglio superiore di lavori pubblici. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono poi valutate nell'ambito della conferenza di servizi di cui al richiamato art. 45, comma 4 i.

Al fine di assicurare il rispetto dei termini, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico provvede a istituire, entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, un elenco di soggetti, in possesso di comprovata esperienza e competenza nella gestione dei processi partecipativi ovvero nella gestione ed esecuzione delle attività di programmazione e pianificazione in materia urbanistica o di opere pubbliche, cui conferire l'incarico di coordinatore del dibattito pubblico. La stessa Commissione, inoltre, potrà esercitare poteri sostitutivi nell'eventualità di inosservanza dei termini fissati per la conclusione del dibattito. Ai componenti della Commissione è riconosciuto, per l'esercizio dei poteri sostitutivi, un rimborso delle spese sostenute.

7. Misure premiali per sostenere la pari opportunità, generazionali e di genere, tramite i contratti pubblici

L'art. 47 del d.l. dispone che le stazioni appaltanti inseriscano nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole, dirette alla previsione, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne. Le nuove disposizioni si applicheranno solo alle procedure che utilizzeranno gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal *Recovery Fund* e dal Regolamento sul sostegno tecnico (SST)[36].

Il perseguimento di obiettivi sociali attraverso i contratti pubblici è un tema finora scarsamente attenzionato tanto dal legislatore europeo che da quello nazionale e poco trattato dalla dottrina. Gli aspetti sociali legati agli affidamenti dei contratti pubblici trovano infatti solo un accenno nel considerando n. 98 della direttiva 2014/24/UE, dove si afferma in via programmatica che *“le condizioni di esecuzione dell'appalto potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali, a rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale”*.

La ritrosia del legislatore deriva dalla resistenza delle imprese, contrarie all'idea di utilizzare la contrattazione pubblica per il raggiungimento di finalità politiche non strettamente legate

all'oggetto della gara. L'uso strategico della contrattualistica pubblica per il raggiungimento di obiettivi sociali è dunque stato fino ad oggi poco incentivato dal legislatore e l'adozione di criteri premiali per le imprese che adottino politiche incentivanti la parità di genere e l'inclusione di giovani lavoratori sono state rimesse alla sensibilità delle singole stazioni appaltanti.

La modifica apportata dal d.l. in commento, pur potenzialmente conforme alle direttive, tuttavia, va ad aggiungere - peraltro incomprensibilmente in via d'urgenza - requisiti e criteri di valutazione non specificatamente previsti dalle stesse direttive ponendosi così in antitesi con gli obiettivi di semplificazione del (futuro) quadro regolatorio "a regime" diretto - in base a quanto si afferma nel PNRR - a ridurre "*al massimo le regole che vanno oltre quelle richieste dalla normativa europea*".

Tale introduzione tuttavia appare d'altra parte opportuna. Finora infatti l'introduzione di previsione di criteri premiali all'interno dei bandi di gara, per sostenere politiche sociali, rimessa caso per caso alle singole stazioni appaltanti sulla base dell'art. 95 del Codice dei contratti, ha talvolta condotto all'annullamento delle relative aggiudicazioni in quanto produttive di "discriminazioni a contrario"^[37]. Tanto induce a regolare con maggiore specificità i limiti entro cui dovranno muoversi le stazioni appaltanti nella redazione dei bandi e il giudice amministrativo nell'eventuale relativo sindacato.

8. Le deroghe per le opere del PNRR e del PNC e il ritorno dell'appalto integrato

Il d.l. introduce disposizioni derogatorie per la realizzazione delle opere, finanziate in tutto o in parte con le risorse del PNRR o del PNC. Viene anzitutto prevista la nomina di un responsabile unico del procedimento e che le stazioni appaltanti, in caso di urgenza, possano utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione del bando.

Per gli interventi del PNRR è previsto un unico affidamento per la progettazione e l'esecuzione dell'opera sulla base del progetto di fattibilità (c.d. appalto integrato). L'art. 59, comma 1, del Codice dei contratti aveva, come noto, introdotto il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori fatte salve alcune eccezioni. Il d.l. n. 32/2019 convertito in l. 55/2019 all'art. 1, comma 1, lettera b) stabiliva che era possibile reintrodurre l'appalto integrato fino al 31 dicembre 2020. L'art. 8, comma 7, lettera a) del d.l. n. 76/2020 convertito in l. n. 120/2020, ha poi prorogato la precedente scadenza al 31 dicembre 2021.

L'aggiudicazione avverrà sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che tiene conto anche degli aspetti qualitativi oltre che economici. L'affidamento può avvenire mediante l'acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta o mediante offerte aventi per oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo. In tutti i casi, il prezzo deve indicare distintamente il corrispettivo per la progettazione definitiva, quello per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori. Sono previsti punteggi premiali per l'utilizzo di metodi e strumenti elettronici e di piattaforme interoperabili, ma anche un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo della penale, mediante utilizzo delle somme per imprevisti indicate nel quadro economico dell'intervento (sui cui v. *infra*). Il parere del

Consiglio superiore dei lavori pubblici è previsto solo per i progetti di fattibilità relativi a lavori di competenza statale o finanziati dallo Stato almeno per il 50% e di importo superiore a 100 milioni di euro.

9. La “transizione” verso l’eliminazione della quota massima subappaltabile

L’art. 49 del d.l. introduce diverse modifiche in materia di subappalto.

In particolare, in deroga alle norme in vigore che prevedono un limite del 30 %^[38], è stato stabilito che - fino al 31 ottobre 2021- il subappalto non possa superare la quota del 50 % dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

È stato poi aggiunto che dal 1° novembre 2021, verrà rimosso ogni limite quantitativo al subappalto, ma le stazioni appaltanti dovranno indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni che saranno essere eseguite obbligatoriamente a cura dell’aggiudicatario.

La modifica appena delineata costituisce solamente l’ultimo tassello di un *excursus* di modifiche che l’istituto del subappalto ha subito, sin dall’approvazione del Codice del 2016, principalmente per adeguare la disciplina nazionale a quella europea^[39].

La CGUE, infatti, con la nota sentenza “Vitali” ^[40], ha ritenuto la previsione del suddetto limite del 30 %, prevista dall’art. 105 del Codice dei contratti, contraria al diritto europeo.

Ciò in quanto, a detta della Corte, la previsione interna vieterebbe “*in modo generale ed astratto*” il ricorso al subappalto oltre una percentuale fissa, applicando così il divieto “*indipendentemente dal settore economico interessato dall’appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall’identità dei subappaltatori*”, anche laddove “*l’ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell’ambito dell’appalto in questione*”. Inoltre, un siffatto divieto generale, non lascerebbe alcuno spazio di “*valutazione caso per caso*” alle Amministrazioni aggiudicatrici.

Tale pronuncia può dirsi frutto dell’approccio europeo all’intera materia dei contratti pubblici, fondato su due corollari: garantire la massima partecipazione alle procedure di gara e fornire alle stazioni appaltanti maggiori spazi valutativi-discrezionali, nell’ottica di garantire – attraverso la tutela della concorrenza – l’efficienza del mercato in questione.

Questa visione – che permea le direttive del 2014 nel loro intero – tuttavia, si scontra spesso con quella propria dell’ordinamento italiano, che, sin dalla legge di contabilità dello Stato^[41], vede la discrezionalità dell’Amministrazione come uno strumento capace di aprire più facilmente la strada a fenomeni collusivi e corruttivi tra imprese e funzionari infedeli.

Lo Stato italiano, pertanto, davanti alla CGUE aveva giustificato la necessità di un siffatto limite al subappalto (non presente in alcun modo nelle direttive UE) – limitativo sia della concorrenza che della discrezionalità delle stazioni appaltanti – proprio alla luce “*delle particolari circostanze presenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi*”.

La CGUE, tuttavia, non ha considerato meritevoli di apprezzamento le difese dello Stato italiano dal momento che *“il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l’accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese. Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24”*.

Prima di tale pronuncia, il legislatore interno, con il d.l. “Sblocca-cantieri”, aveva già modificato la soglia del subappalto innalzandola al 40%. A due anni dalla sentenza della CGUE, tuttavia, il legislatore ripropone nuovamente un limite quantitativo e generalizzato al subappalto, senza fornire alcun spazio discrezionale alle stazioni appaltanti.

Seppure può consolare il fatto che sia stato stabilito solo per un periodo di tempo definito (ossia fino al 31 ottobre 2021) non si comprende la ragionevolezza di siffatta scelta. Vieppiù che è stato comunque stabilito (e ciò in linea con la disciplina europea) che dal 1° novembre 2021 non vi saranno più limiti in tal senso. Dunque, perché inserire ancora una volta un limite quantitativo di questo tipo?

Come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, non sarebbe rilevante, ai fini della compatibilità con il diritto europolitano, l’esistenza di una percentuale subappaltabile (sia essa del 30% oppure del 40% o del 50%), ma la predeterminazione in via generale e astratta di una soglia quantitativa che impedisca una *“valutazione caso per caso da parte dell’ente aggiudicatore”*^[42].

Sul punto è anche intervenuta più volte l’AGCM. Pare utile ricordare, in particolare, la segnalazione che l’Autorità ha inviato al Governo in vista della legge annuale sulla concorrenza^[43], ove, in merito al subappalto, veniva ribadita^[44] la necessità di *“rimuovere le disposizioni in materia di subappalto che contrastano con la disciplina europolitano e ostacolano ingiustificatamente la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica”*. In particolare, veniva suggerito di: (i) eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile; (ii) prevedere l’obbligo in capo agli offerenti che intendano ricorrere al subappalto di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all’identità dei subappaltatori; (iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all’utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell’identità dei subappaltatori.

Dunque, perché inserire, ancora una volta, un limite quantitativo e non provvedere direttamente ad eliminarlo? Inoltre, tale occasione di riforma poteva essere colta per ampliare – in linea con lo spirito delle direttive UE – i poteri discrezionali delle stazioni appaltanti, concedendo alle stesse la possibilità di determinare i limiti all’utilizzo del subappalto *“proporzionati agli obiettivi di interesse generale e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato”* (come suggeriva l’AGCM) e dunque il potere di *“valutazione caso per caso”* indicato dalla CGUE.

10. Le modifiche alle procedure sottosoglia

L'art 51 del d.l. interviene (ancora una volta)^[45] a modificare la disciplina delle procedure per velocizzare l'aggiudicazione dei contratti pubblici sottosoglia^[46].

Anzitutto, viene ulteriormente prorogato il termine di durata delle deroghe per l'affidamento dei contratti sottosoglia durante il periodo emergenziale (stabilite dall'art. 1 del d.l. n. 76/2020) al 30 giugno 2023^[47].

La novella interviene sul comma 2 del medesimo art. 1 del d.l. n. 76 confermando a 150.000 euro la già vigente soglia per l'affidamento diretto dei lavori ed elevando a 139.000 euro il limite per l'affidamento diretto delle forniture e servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria e architettura), anche senza consultazione di più operatori economici, nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità di cui all'art. 30 del Codice dei contratti.

Si modificano dunque ulteriormente le soglie più volte rimaneggiate con il precedente intervento normativo. In origine il d.l. n. 76 aveva, infatti, previsto l'affidamento diretto sia per i lavori che per i servizi e le forniture sino a 150.000 euro. In sede di conversione era stata invece introdotta una distinzione diminuendo la soglia per i servizi e le forniture (inclusi i servizi di ingegneria e architettura) a 75.000 euro e lasciando invariata solo per i lavori quella dei 150.000 euro.

Con questo nuovo intervento, dunque, pur restando ferma la distinzione disposta in sede di conversione tra affidamenti di lavori servizi e forniture, viene nuovamente aumentata la soglia per i servizi e le forniture sino a 139.000 euro.

Oltre all'affidamento diretto sono state modificate (anche qui per la terza volta) le previsioni in materia di procedura negoziata.

Per i lavori oltre 150.000 euro e fino a un milione di euro viene prevista la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, previa "consultazione" di cinque operatori, questi ultimi richiesti anche per le forniture e i servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria ed architettura) da 139.000 euro fino alle soglie comunitarie. Invece, per i lavori di importo pari o superiore ad un milione di euro e fino alla soglia comunitaria, l'invito deve coinvolgere almeno dieci operatori.

Parimenti a quanto avvenuto per la disciplina dell'affidamento diretto, anche con riferimento a tali procedure il legislatore ha più volte cambiato "le carte in tavola".

Il d.l. n. 76 aveva in origine stabilito una "tripartizione" che vedeva, per i lavori di importo fino ai 350.000 euro, la consultazione di almeno 5 operatori, per i lavori fino al milione di euro, la consultazione di 10 operatori e per i lavori di importo superiore al milione e, sino alle soglie, la consultazione di 15 operatori.

In sede di conversione è stata operata unicamente una "bipartizione": da un lato, per gli importi pari o superiore a 350.000 euro sino al milione di euro, è stata prevista la necessità di interpellare almeno 10 operatori mentre per la soglia successiva (da un milione sino alle soglie) 15 operatori.

Il nuovo d.l. ripropone lo schema della "bipartizione", ma innalza le fasce degli importi e riduce gli operatori da interpellare, che divengono unicamente 5 per gli importi sino a un

milione di euro e 10 sino alla soglia comunitaria, che, si ricorda, a titolo esemplificativo, per gli appalti di lavori nei settori ordinari, corrisponde a 5.350.000 euro.

11. La copertura normativa alle linee guida sul Collegio consultivo tecnico (CCT)

Uno dei principali elementi su cui si potrà effettivamente “pesare” la capacità di semplificazione (e, conseguentemente migliorare l’attrazione degli investitori nel Paese) degli ultimi d.d.l.l. è costituito dal Collegio consultivo tecnico (CCT) in quanto organo “di punta” nelle procedure di gara incaricato di prevenire l’eventuale spesso oneroso contenzioso relativo alla fase di esecuzione dei contratti pubblici. Tale istituto dovrebbe permettere di limitare il ricorso alle altre spesso complesse procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, riducendo anche gli oneri per le consulenze di natura tecnica e legale. Le stazioni appaltanti hanno peraltro la facoltà di nominare tale organo consultivo già nella fase antecedente l’esecuzione, per acquisire pareri di natura tecnica, sulla scelta dell’*iter* approvativo, sulla procedura di gara da adottare, sul bando e sullo schema di contratto.

L’art. 51, comma 5, del d.l. in commento attribuisce, in particolare, una copertura normativa alle linee guida già predisposte dal gruppo di lavoro istituito dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici al fine di consentire una rapida e omogenea applicazione su tutto il territorio nazionale delle funzioni del CCT[48]. Il d.l. semplificazioni-governance aggiunge un comma 8-*bis* all’art. 6 del d.l. n. 76/2020 precisando il contenuto generale delle suddette linee guida[49]. Viene inoltre specificato che presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, istituito un “*Osservatorio permanente per assicurare il monitoraggio dell’attività dei collegi consultivi tecnici*”. A tale fine, i Presidenti dei collegi consultivi dovranno trasmettere all’Osservatorio gli atti di costituzione del collegio e le relative determinazioni entro cinque giorni dalla loro adozione.

12. Il tentativo di (ri)partenza in deroga delle “ZES”

Il d.l. in commento dedica alcune disposizioni alle “Zone economiche speciali” (ZES)[50]. A distanza di cinque anni dalla loro introduzione (avvenuta ad opera del d.l. “Mezzogiorno” n. 91/2017) gli interventi di semplificazione normativa e amministrativa introdotti su base nazionale e regionale non sono stati finora in grado di incentivare realmente la partenza delle ZES.

Se il principale freno è senz’altro costituito dall’insufficienza della rete dei trasporti e della logistica di collegamento con le zone (prevalentemente portuali) interessate, qualche segnale positivo potrebbe in futuro registrarsi a seguito degli ampi interventi infrastrutturali previsti dal PNRR. La realizzazione dei collegamenti tra le ZES nella c.d. rete “TEN-T” potrebbe infatti realmente consentire una reale partenza di queste zone[51].

Il sistema di “commissariamento” delle ZES, che, significativamente, ha preceduto la loro “messa in pratica”, viene ora disciplinato con maggiore dettaglio e rafforzato[52]. L’art. 57, comma 2, del d.l. in commento introduce indicazioni sulla *governance* delle ZES chiarendo

come debba avvenire la nomina dei commissari straordinari. Si stabilisce, infatti, che ogni commissario venga *“nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro per il Sud e la coesione territoriale, d'intesa con il Presidente della Regione interessata”*. Sarà poi l'Agenzia per la Coesione Territoriale a supportare l'attività dei diversi commissari garantendo sulla base della cabina di regia delle Zone Economiche Speciali *“il coordinamento della loro azione nonché della pianificazione nazionale degli interventi nelle ZES, tramite proprio personale amministrativo e tecnico a ciò appositamente destinato, con le risorse umane e strumentali disponibili a legislazione vigente”*. La stessa Agenzia fornirà *“supporto ai singoli Commissari, con personale tecnico e amministrativo in numero adeguato alle esigenze operative e dotato di idonee competenze, attraverso specifiche iniziative di rafforzamento amministrativo, al fine di garantire efficacia e operatività dell'azione commissariale”*. Il comma 3 stabilisce, inoltre, il Commissario straordinario si avvarrà *“delle strutture delle amministrazioni centrali o territoriali e di società controllate dallo Stato o dalle regioni.”*

Con riferimento alle procedure di affidamento funzionali alle ZES, fino al 31 dicembre 2026, a richiesta degli enti competenti, i commissari potranno assumere le funzioni di stazione appaltante e operare *“in deroga”* alle disposizioni in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui degli artt. 30, 34 e 42 del Codice dei contratti, nonché delle disposizioni del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. n. 159/2011, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

Si prevede inoltre che le Regioni dovranno adeguare la propria programmazione o la riprogrammazione dei fondi strutturali alle esigenze di funzionamento allo sviluppo delle relative ZES concordando le relative linee strategiche con il Commissario, garantendo la massima sinergia delle risorse materiali e strumentali approntate per la piena realizzazione del piano strategico di sviluppo.

In base al nuovo d.l. i commissari delle ZES assumono dei veri poteri autorizzatori, che esercitano sostituendo tutte le autorizzazioni con una *“autorizzazione unica”* in modo da divenire *“l'interlocutore principale per gli attori economici interessati a investire sul territorio di riferimento”*. Viene inoltre introdotto nel d.l. n. 91/2017 un art. 5-*bis* ai sensi del quale le opere per la realizzazione di progetti infrastrutturali nelle zone economiche speciali (ZES) da parte di soggetti pubblici e privati devono essere considerate di *“pubblica utilità, indifferibili ed urgenti”* salvo quanto previsto dalle norme in materia di autorizzazione di impianti e infrastrutture energetiche ed in materia di opere ed altre attività ricadenti nella competenza territoriale delle Autorità di sistema portuale e degli aeroporti. Viene inoltre previsto che *“i progetti inerenti alle attività economiche ovvero l'insediamento di attività industriali, produttive e logistiche all'interno delle ZES, non soggetti a segnalazione certificata di inizio attività, sono soggetti ad autorizzazione unica, nel rispetto delle normative vigenti in materia di valutazione di impatto ambientale”*. L'autorizzazione unica *“costituisce variante agli strumenti urbanistici e di pianificazione territoriale, ad eccezione del piano paesaggistico regionale”* e viene rilasciata dal Commissario straordinario della ZES a conclusione di una specifica conferenza di servizi. Viene poi innalzato il tetto del credito d'imposta per gli investimenti che, come prevede l'art. 57, viene aumentato da 50 a 100 milioni di euro ed è esteso all'acquisto di immobili strumentali agli investimenti, anche mediante contratti di locazione finanziaria. L'aumento previsto è finanziato con 283 milioni a valere sul Fondo sviluppo e coesione.

L'annuncio che le ZES opereranno in deroga alla normativa (già in parte derogatoria) in materia di contratti pubblici (peraltro ancora in fase di costruzione e revisione per tutto il prossimo anno) si presenta tuttavia come un *“biglietto da visita”* poco attraente per gli

investitori. Con una opportuna dose di onestà bisognerebbe forse ammettere che queste Zone potranno “partire” solamente quando i necessari investimenti infrastrutturali saranno portati a termine e il quadro normativo sarà più definito o almeno meno complesso.

13. L’accelerazione nella fase di esecuzione e i “premi” per la celere esecuzione dei contratti

Allo specifico fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR, del PNC e dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea, l’art. 50 del d.l. n. 77 prevede una serie di poteri sostitutivi che possono essere attivati, tanto nella fase di stipula del contratto che, in relazione a singoli adempimenti, in quella di esecuzione. Viene in particolare stabilito che decorsi inutilmente i termini per la stipulazione del contratto, la consegna dei lavori, la costituzione del collegio consultivo tecnico, gli atti e le attività di cui all’art. 5 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76, nonché gli altri termini, anche endoprocedimentali, previsti dalla legge o dall’ordinamento della stazione appaltante o dal contratto, per l’adozione delle determinazioni relative all’esecuzione dei contratti pubblici, il responsabile o l’unità organizzativa di cui all’art. 2, comma 9-*bis*, della l. n. 241/90, titolare del potere sostitutivo, lo eserciti entro un termine dimezzato rispetto a quello originariamente previsto.

Il d.l. interviene inoltre sulla tempistica di approvazione di alcuni contratti in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dai predetti piani. Tale adempimento interviene in un momento successivo alla sottoscrizione del contratto e ha come presupposto un’attività di verifica e controllo in merito alla legittimità dell’operato della stazione appaltante e al riscontro della corrispondenza tra l’oggetto dell’appalto ed il contratto stipulato tra le parti. In assenza di illegittimità e irregolarità, l’organo di controllo interno provvede a predisporre il decreto di approvazione del contratto a firma del dirigente che ha determinato l’avvio della procedura di gara. Il contratto deve essere approvato entro il termine fissato dalle singole amministrazioni e, in mancanza, entro trenta giorni dal suo ricevimento da parte dell’organo competente. In particolare, si prevede che il contratto diviene efficace immediatamente con la stipula e, perciò, non trova applicazione la condizione sospensiva di cui all’art. 32, comma 12, Codice dei contratti, in base alla quale “*Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell’esito positivo dell’eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti?*”.

Viene inoltre stabilito che stazione appaltante debba riconoscere – per mezzo di apposita previsione nel bando o nell’avviso di indizione della gara – un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo rispetto al termine di ultimazione dei lavori.

Da ultimo, viene poi previsto che – in deroga all’art. 113-*bis* del Codice dei contratti – le penali possono essere calcolate in misura compresa tra lo 0,6 per mille e l’1 per mille e non possono superare complessivamente il 20% dell’importo contrattuale.

14. Conclusioni. *Is the elephant (still) in the room?*

Le disposizioni ora esaminate costituiscono solo una parte delle novità introdotte dal d.l. semplificazioni-governance che interessano molti settori del diritto amministrativo.

Quello che il legislatore dovrebbe domandarsi in sede di conversione è se il pacchetto normativo in procinto di essere adottato stia affrontando davvero le questioni cruciali per la ripartenza del Paese.

Questo intervento normativo, limitato alle “misure urgenti”, costituisce infatti solo un primo *step* verso il complessivo percorso di riforma del settore della contrattualistica pubblica e, in generale, dei settori maggiormente funzionali alla ripresa del Paese.

Se la spinta verso l’accelerazione alla realizzazione delle grandi infrastrutture e del potenziamento dell’alta velocità costituisce un fattore di sicuro positivo apprezzamento per fronteggiare dei ritardi ormai insostenibili nella logistica e nel potenziamento delle infrastrutture strategiche, molti altri nodi rimangono ancora irrisolti.

Per quanto riguarda specificatamente la tempistica delle riforme sui contratti pubblici, all’interno del PNRR, come visto, alle modifiche di breve periodo consistenti per l’appunto nell’emanazione di “misure urgenti” seguiranno le “misure a regime”, da varare con legge delega entro il 31 dicembre 2021, prevedendo poi l’emanazione di decreti legislativi da adottare entro nove mesi.

Da quanto preannunciato, sembra che stavolta il legislatore non cambierà solo le “carte in tavola”, ma modificherà completamente “il tavolo da gioco”, dal momento che viene prospettato addirittura di “ripartire dal via” (2016) attraverso una integrale revisione delle norme di recepimento delle direttive del 2014.

Viepiù che sul punto viene indicata come preferibile la tecnica del *copy out*, salvo per le parti delle direttive non direttamente applicabili, richiamando come esempi virtuosi da tenere in considerazione le esperienze di Germania e Regno Unito. Senza qui entrare nel merito dell’assoluta diversità dei suddetti sistemi di contrattazione pubblica rispetto al nostro, circostanza di cui anche si dovrà tenere in debito conto per evitare errori ancor più gravi rispetto a quelli già commessi, un nuovo tentativo di condurre il sistema ad unitarietà del sistema non può che ritenersi apprezzabile, data la frammentarietà e l’insostenibile instabilità dell’attuale disciplina.

Si pensi, anche solamente alle ripetute modifiche alla disciplina del sottosoglia (apportate dal d.l. n. 76/2020, dalla successiva l. di conversione oltre che dal d.l. in commento) e del subappalto (modificata dal d.l. “Sblocca cantieri” e dal d.l. in commento) “extracodicistiche”, paradigmatiche del “male” che affligge il sistema dei contratti pubblici: ci troviamo di fronte ad un legislatore che, pur proclamando tentativi di “semplificazione”, non fa altro che modificare la disciplina, rendendola sempre più frammentata e ingannevole, esasperando operatori, interpreti e le stesse Amministrazioni.

Sebbene la fase emergenziale abbia richiesto interventi continui e rapidi, non tutte le modifiche apportate tra il 2020-2021 costituiscono una risposta alle esigenze connesse a tale fase, ma sono il frutto di errori seriali o (peggio) di ripensamenti provocati dalla superficiale scrittura iniziale del Codice (e dei successivi correttivi).

Se quindi è auspicabile ricondurre la [53]disciplina dei contratti pubblici ad un unico luogo (*recte* Codice) di riferimento[54] sono tuttavia molto preoccupanti le tempistiche per le riforme c.d. “a regime”. Viene infatti stabilito come termine di presentazione del disegno di legge il 31 dicembre 2021, cui devono evidentemente essere aggiunte le tempistiche di approvazione del d.d.l. e quelle per l’emanazione dei richiamati decreti legislativi (in progetto, nove mesi). Entro il 2022 dovremmo dunque avere una nuova disciplina unitaria dei contratti pubblici, che però, verosimilmente, prevedrà il meccanismo dei “decreti correttivi[55]”. L’effettiva applicazione del nuovo sistema (considerato anche il relativo necessario tempo di rodaggio da parte di Amministrazioni, stazioni appaltanti e operatori) si preannuncia dunque alquanto ravvicinato al (e subito superato dal) nuovo pacchetto di direttive UE, che, tenuto conto della loro cadenza decennale, dovrebbe essere approvato nel 2024). Sarebbe quindi forse più fruttuoso sfruttare questo periodo per correggere le altre gravi carenze del nostro sistema, in termini di competenze, capacità e efficienza, in vista del nuovo pacchetto normativo europeo.

La sfida, infatti, non si gioca solo sulle norme, ma anche su coloro che sono tenuti ad applicarle in prima battuta, ossia le Amministrazioni. Il tema centrale, solo parzialmente centrato dai recenti dd.ll. è quello del rafforzamento della capacità amministrativa interna dell’Amministrazione, essenziale per sfruttare al meglio le risorse economiche provenienti dall’Unione Europea. Per far questo serve un’Amministrazione preparata e più coraggiosa (grazie alla preparazione dei propri funzionari e dirigenti) in grado di non trincerarsi dietro la complessità del quadro normativo e che possa operare senza la paura della firma.

Tra i più importanti principi e criteri direttivi della delega legislativa nel merito, ricalcando sostanzialmente gli stessi obiettivi della l. n. 11/2016 (salvo il ritorno dell’appalto integrato), il PNRR indica: “i) *Riduzione e razionalizzazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni;* ii) *Recepimento delle direttive europee, integrate in particolare là dove non immediatamente esecutive;* iii) *Previsione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, nel rispetto dei principi di concorrenzialità e trasparenza;* iv) *Piena apertura e contendibilità dei mercati;* v) *Previsione di specifiche tecniche relative alle gare da espletare, soprattutto in relazione a beni e strumenti informatici e componenti tecnologici, che garantiscano parità di accesso agli operatori e non costituiscano ostacolo alla piena attuazione del principio di concorrenza;* vi) *Riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti alle procedure di evidenza pubblica;* vii) *Individuazione espressa dei casi nei quali è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara;* viii) *Regolazione espressa dei casi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, ai fini dell’aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d’asta;* ix) *Revisione della disciplina dell’appalto integrato, con riduzione dei divieti;* x) *Revisione della disciplina del subappalto;* xi) *Rafforzamento delle strutture pubbliche per il controllo sulle opere stradali e ferroviarie, fermi restando gli obblighi di controllo tramite strutture indipendenti e quello di manutenzione a carico del concessionario, con le relative conseguenti sanzioni in caso di inadempimento”.*

Per un’effettiva ripresa, le disposizioni di attuazione dei suddetti Piani dovrebbero, tuttavia, con più coraggio guardare al passato e non commettere gli stessi errori (correggendo ad esempio alcune delle più macroscopiche storture da anni segnalate da studiosi[56] e operatori) oltre che al futuro.

Le modifiche intervenute con il nuovo d.l. non preoccupano solo sotto il profilo della tempistica e a livello quantitativo, ma anche sotto il profilo della tutela della concorrenza e della lotta alla corruzione.

Si prenda, ad esempio, l'affidamento diretto. L'art. 36 del Codice dei contratti, per il sottosoglia, ne prevede(va) la possibilità per gli importi inferiori a 40.000 euro e per gli importi oltre i 40.000 euro sino ai 150.000 euro indicava la necessità di consultare almeno tre operatori per i lavori, e cinque operatori per i servizi e le forniture.

Il d.l. n. 76/2020 ha modificato quanto stabilito dall'art. 36 del Codice, prevedendo l'affidamento diretto per lavori e forniture sino a 150.000 euro (quindi non solo alzando le soglie, ma anche non prevedendo la necessità di consultare alcun operatore economico).

In sede di conversione, come visto, tali soglie sono state distinte a seconda che si tratti di servizi e forniture (75.000 euro) o lavori (sino a 150.000 euro): è stato quindi lasciato invariato il limite dei 150.000 euro per i lavori, ma abbassata la soglia per le forniture a 75.000 e, in ogni caso, non è comunque stata prevista la consultazione di alcun operatore.

Con il decreto in commento il legislatore è tornato nuovamente sui suoi passi, stavolta aumentando nuovamente la soglia delle forniture (abbassata a 75.000 euro neanche nove mesi prima) sino a 139.000 euro, lasciando però invariata quella dei 150.000 euro per i lavori.

Il filo conduttore che lega tali interventi (oltre a quello decantato dal legislatore della semplificazione) è chiaramente quello di ritenere la procedura selettiva come un fattore che rallenta gli affidamenti. Da qui il *favor* per l'affidamento diretto fino a soglie sempre più elevate e per la riduzione del numero degli operatori economici da interpellare per le procedure negoziate.

Esemplificative in tal senso sono anche le modifiche intervenute per gli affidamenti di importo pari al milione di euro e sino agli importi di rilievo comunitario.

L'art 36 del Codice in questo caso prevedeva, originariamente, la necessità di esperire la procedura aperta *ex art.* 60 del Codice

Il d.l. n. 76/2020 aveva sostituito tale possibilità con la procedura negoziata *ex art.* 63 del Codice., previa consultazione di quindici operatori economici. Tale scelta è stata confermata in sede di conversione, ma modificata con il d.l. in commento, ove viene sì confermata la procedura negoziata, ma modificato il numero degli operatori da consultare che passa da 15 a 10.

Appare quindi chiaro che il legislatore della semplificazione, ancora una volta, ha ritenuto la concorrenza, la massimizzazione della partecipazione degli operatori economici, la preferenza per le procedure aperte e trasparenti come fattori che rallentano gli appalti pubblici.

Ma è davvero l'apertura al confronto competitivo tra le imprese che non permette la celere realizzazione delle opere e che rende tale mercato inefficiente?

L'aver agito diminuendo la partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, porterà davvero a una velocizzazione del procedimento di realizzazione delle opere pubbliche? Oppure aumenterà il rischio di diminuire il dialogo con il mercato andando incontro a possibili inefficienze qualitative? L'aver diminuito le possibilità di accesso al mercato delle imprese operanti nello stesso, consentirà davvero all'amministrazione di affidare le prestazioni di cui necessita alle imprese "migliori"?

Sarà quindi questa "semplificazione" ad assicurare ai contratti pubblici il loro ruolo di "volano del rilancio"?[57]

I dati mostrano l'aumento del 242% dell'affidamento diretto di lavori fino a 150.000 euro registrato nel secondo semestre del 2020 e un aumento dell'1,7 % rispetto al 2019 dei contratti con importo pari o superiore a 40.000 euro (il cui valore complessivo è di 178,8 miliardi di euro). L'interesse (nazionale) alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei Piani[58] si scontra sia con l'allentamento del confronto concorrenziale fra imprese, circostanza che inevitabilmente inciderà sul mercato (riguardando il 58% degli affidamenti di lavori e il 53% di quelli per servizi e forniture nei quali opera il maggiore numero di piccole e medie imprese), sia con i rischi legati alla diminuzione della trasparenza e della legalità dovuti alle ampie deroghe al Codice e ai rallentamenti (anche sui controlli) causati dalla pandemia[59]. Del tutto coerentemente con le recenti modifiche sembrano ancora più impellenti gli interventi normativi recentemente richiesti dall'ANAC per rafforzare la lotta alla corruzione.

[1] Sebbene l'articolo sia frutto di una riflessione condivisa tra le autrici i paragrafi nn. 9 e 10 sono da imputare ad A. Coiante e i paragrafi nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 11, 12, 13 a S. Tranquilli.

[2] Il cui testo è disponibile sul sito del Governo all'indirizzo https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf.

[3] Si v. il comunicato stampa pubblicato del 22 giugno 2021 pubblicato sul sito della Presidenza del Consiglio dei Ministri www.governo.it.

[4] Per differenziarlo dai precedenti, il d.l. in commento viene anche indicato come "d.l. semplificazioni-bis" o "decreto governance", Sulle principali novità e problematicità in materia di contratti pubblici apportate dal precedente "decreto semplificazioni" (d.l. 16 luglio 2020, n. 76) si v. M.A. Sandulli, *Nel dl semplificazioni troppi limiti alla tutela contro gli appalti irregolari*, intervista per il *Dubbio*, 31 luglio 2020; G. Tropea, A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una semplificazione in chiaro scuro tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus* 2020, 2; F. Costantino, *Impresa e pubblica amministrazione: da Industria 4.0 al decreto semplificazioni*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, 877; A. Coiante, *Le principali novità del decreto semplificazioni in materia di Contratti pubblici*, in www.l'amministrativista.it, 20 luglio 2020; Id., in *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, in www.giustizia-insieme.it; 30 luglio 2020; V. Sordi *Le principali modifiche e integrazioni recate, in sede di conversione, al d.l. "Semplificazione"* in www.l'amministrativista.it, 15 settembre 2020; C. Contessa, *Le novità del "Decreto semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un Codice?*, *Urb. App.*, 2020, 6, 757 ss.

[5] Si v. i relativi dati costantemente aggiornati sul sito <https://www.salute.gov.it/> (ultimo accesso il 15 giugno 2021).

[6] Su cui si v. il Documento del Consiglio Direttivo AIPDA sull'attuazione del Next Generation EU e il *Forum* lanciato dall'AIPDA, *Next Generation EU* con gli interventi scritti di L. Torchia, *Il vero valore del Recovery Plan (spoiler: non sono le risorse)*; A. Police, *Il "coraggio" di decidere*, 3 marzo 2021; R. Ferrara, *Intervento sul Documento AIPDA Next Generation EU*, 4 marzo 2021; F. Fracchia, F. Goisis, M. Occhiena, M. Allena, P. Pantalone e S. Vernile, *La transizione amministrativa*, 12 marzo 2021; S. Civitarese Matteucci, *La riforma della pubblica amministrazione nel quadro del "Recovery Fund"*, 31 marzo 2021; L. Torchia, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, 1 aprile 2021; F. Cintioli, *Proposta di Piano Nazionale di Ripresa*

e *Resilienza*, 17 aprile 2021, oltre che la registrazione del Webinar AIPDA su “Next Generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza, tutti disponibili sul sito dell’Associazione.

[7] Si pensi all’esperimento effettuato con i Piani di Rafforzamento Amministrativo (PRA) come strumento di potenziamento che l’Italia ha adottato nel quadro della programmazione dei fondi strutturali europei 2014-2020. Le passate programmazioni hanno infatti dimostrato che, per utilizzare in maniera efficiente ed efficace le risorse destinate alla Politica di coesione, sia necessario rafforzare la capacità istituzionale e amministrativa dei soggetti a vario titolo impegnati nella gestione dei Programmi Operativi (PO) cofinanziati con risorse europee, su cui si v. L. De Lucia, *La modernizzazione dell’amministrazione come fattore di sviluppo. Il ruolo della concorrenza internazionale*, in *Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich*, Berlino Duncker & Humblot GmbH, 2017, 105.

[8] Si v. Part. 1, comma 3 del d.l. n. 80/2021. Sulle ricorrenti deroghe e disapplicazioni del principio costituzionale del concorso pubblico si v. di recente M. Allena, M. Trimarchi, *La Costituzione “dimenticata” il principio del concorso pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1, 379, dove si sottolinea che “*la parabola dei concorsi pubblici presenta analogie con quella dei contratti pubblici, ove l’interesse dell’amministrazione a individuare un contraente adeguato e capace sembra talora posto in secondo piano nel contesto di procedure sempre più complesse e formalistiche, volte a perseguire l’obiettivo della concorrenza (inteso — in modo alquanto riduttivo — come interesse delle imprese a partecipare in condizioni di concorrenza) o quello dell’anticorruzione (o entrambi). Le politiche di semplificazione e centralizzazione delle procedure, che si prospettano (e che in parte sono state attuate, sia pure in via temporanea, dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, come convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120) per il settore dei contratti pubblici, potrebbero segnare la direzione anche per la riforma dell’accesso alla pubblica amministrazione*”. In generale sul sistema del pubblico impiego e sui suoi malfunzionamenti, tra i contributi più recenti si v. S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 146 ss; A. Marra, *I pubblici impiegati, tra vecchi e nuovi concorsi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 235; A. Averardi, L.F. San Mauro, *Ragionare per reclutare: la logica nei (e dei) pubblici concorsi*, paper presentato al Convegno Aipda 2019, disponibile al sito www.aipda.it/materiali/convegno-aipda-2019/papers-convegno-aipda-2019, 3 ss; S. Battini, *La disciplina del lavoro pubblico tra crisi del modello privatistico e prospettive di riforma*, in *Aa. Vv.*, *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Roma, 2017; B.G. Mattarella, *Il principio del concorso pubblico e la sua parodia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 418.

[9] Si v. gli artt. 4 e 5 del d.l. n. 80/2021.

[10] Così il primo “considerato” del d.l. n. 77/2021.

[11] Si v. con riferimento all’art. 264 del c.d. “Decreto Rilancio” (d.l. n. 34/2020) recante disposizioni per la “*liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi in relazione all’emergenza Covid-19*”, si v. M.A. Sandulli, *Soldi per ripartire? Sì, ma con un comma invisibile lo Stato può farseli ridare*, in *Il Dubbio*, 15 maggio 2020, Id., *Basta norme-trappola sui rapporti tra privati e Pa o il Recovery è inutile*, 7 maggio 2021, ivi,

[12] Sulla crisi del principio di legalità e sul valore della certezza del diritto si v., M.A. Sandulli, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di Id., Milano 2020; Id. *Ancora sui rischi dell’incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *federalismi.it*, 2018, 11; Id., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 e ss. e in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, in *federalismi.it*, 2018, 22; F. Francario, M.A. Sandulli, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018; B. Spampinato, *Sulla «crisi» di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *federalismi.it*, 2017, 11; sul tema si v. l’Annuario 2014 dell’AIPDA, *L’incertezza delle regole. Atti del convegno annuale*, Napoli, 2015.

[13] Per effetto delle modifiche apportate dall’art. 61 del del d.l. n. 77/2021 al comma 9-bis dell’articolo 2, l’organo di governo potrà individuare sia un soggetto, facente parte delle figure apicali dell’Amministrazione, sia un’unità organizzativa, a cui conferire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Decorso inutilmente il termine previsto per la conclusione del procedimento, tali soggetti dovranno esercitare il proprio potere sostitutivo sia a seguito di richiesta dell’interessato sia d’ufficio.

[14] L’art. 62 del del d.l. n. 77/2021 ha introdotto, in materia di silenzio assenso, il seguente comma 2-bis “*Nei casi in cui il silenzio dell’amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l’amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un’attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell’intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorso inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l’attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell’art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445*”, sui problemi delle autodichiarazioni si v. M. A. Sandulli, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l’acquisizione d’ufficio*, in giustiziansieme.it.

[15] Si v. in particolare pagina 67 del PNRR.

[16] Il PNRR specifica che le “misure urgenti” devono rafforzare “*le semplificazioni già varate con il decreto-legge n. 76/2020*” e devono prorogarle “*l’efficacia fino al 2023, con particolare riguardo alle seguenti misure: • Verifiche antimafia e protocolli di legalità • Conferenza di Servizi veloce • Limitazione della responsabilità per danno erariale ai casi in cui la produzione del danno è dolosamente voluta dal soggetto che ha agito, ad esclusione dei danni cagionati da omissione o inerzia • Istituzione del collegio consultivo tecnico, che ha funzioni di assistenza e di risoluzione delle controversie con finalità di definire celermente le controversie in via stragiudiziale e ridurre il contenzioso davanti al giudice • Individuazione di un termine massimo per l’aggiudicazione dei contratti, con riduzione dei tempi tra pubblicazione del bando e aggiudicazione • Individuazione di misure per il contenimento dei tempi di esecuzione del contratto, in relazione alle tipologie dei contratti (...) • Avvio dei lavori della Cabina di regia per il coordinamento della contrattualistica pubblica già istituita presso la Presidenza del Consiglio in attuazione dell’art. 212 del codice dei contratti pubblici • Riduzione del numero e qualificazione delle stazioni appaltanti • Potenziamiento del database di tutti i contratti tenuto dall’Autorità nazionale anticorruzione (atti organizzativi dell’Autorità) • Semplificazione e digitalizzazione delle procedure dei centri di committenza ed interoperabilità dei relativi dati”.*

[17] Si specifica che si seguirà il modello utilizzato in altri Stati membri dell’Unione europea come Regno Unito e Germania sui v. infra par. 12.

[18] Si tratta del ddl. n. 1162 presentato durante la XVIII legislatura, comunicato alla Presidenza del Senato il 22 marzo 2019.

[19] Come si legge nella relazione di accompagnamento più specificamente, la delega mirava a restituire alle disposizioni codicistiche semplicità e chiarezza di linguaggio, nonché ragionevoli proporzioni dimensionali, limitando il più possibile nel testo i rinvii alla normazione secondaria. Dal punto di vista contenutistico la delega mirava a promuovere la discrezionalità e la responsabilità delle stazioni appaltanti e ad assicurare l’efficienza e la tempestività delle procedure di programmazione, di affidamento, di gestione, e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di ridurre e rendere certi i tempi di realizzazione delle opere pubbliche, razionalizzando inoltre i metodi di risoluzione delle controversie, anche alternativi ai rimedi giurisdizionali, riducendo gli oneri di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento. Con riferimento ai principi e criteri direttivi di carattere generale da rispettare nell’esercizio della delega ai fini della semplificazione normativa, si prevedevano: il coordinamento e la consolidazione, sotto il profilo formale e sostanziale, delle disposizioni legislative vigenti negli ambiti interessati dall’intervento, comprese quelle di recepimento e attuazione della normativa europea, per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa, con la contestuale ed esplicita abrogazione delle norme ritenute obsolete o comunque superate. Ai fini della semplificazione amministrativa si prevedevano una sede di ulteriori criteri e principi direttivi, tra i quali: il riordino della disciplina concernente le centrali di committenza e i soggetti aggregatori; la semplificazione e l’accelerazione delle procedure di spesa e contabili.

[20] Si v. p. 236 del PNRR.

[21] Sullo sviluppo di tali funzioni si v. B.G. Mattarella, *La Presidenza del Consiglio dei Ministri e la funzione di coordinamento*, in *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent’anni dalla legge n. 400 del 1988*, op. cit., 166; G. P. Cirillo, *Il potere di coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Foro amm.*, 1994, 294; sul coordinamento amministrativo si v. V. Bachelet, *Coordinamento* [X, 1962], in *Enc. dir.*; Id., *L’attività di coordinamento nell’amministrazione pubblica dell’economia*, Milano, 1957.

[22] Quest’ultima opera in raccordo con altre strutture della Presidenza del Consiglio: il Dipartimento per il coordinamento amministrativo; il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica; l’Ufficio per il programma di governo.

[23] Tale spettro di attività annovera: (i) l’elaborazione di indirizzi e linee guida per l’attuazione (anche con riferimento ai rapporti con i diversi livelli territoriali); (ii) la ricognizione periodica e puntuale sullo stato di attuazione degli interventi (anche con formulazione di indirizzi relativi all’attività di monitoraggio e controllo); (iii) il vaglio di temi o profili di criticità segnalati dai Ministri competenti per materia (e dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie o dalla Conferenza delle regioni e province. Sono presenti (al momento di pubblicazione del presente fascicolo) quattro Sottosegretari alla Presidenza del Consiglio: con le funzioni di segretario del Consiglio dei ministri; affari europei; informazione ed editoria; coordinamento della politica economica. autonome, con riferimento alle questioni di competenza regionale o locale); (iv) il monitoraggio degli interventi che richiedano adempimenti normativi; (v) la promozione del coordinamento tra i diversi livelli di governo, con proposta di attivazione dei poteri sostitutivi (oggetto dell’articolo 12, qualora ne ricorrano le condizioni). Ancora, essa assicura la cooperazione con il partenariato economico e sociale; promuove l’attività di comunicazione della “sponsorizzazione” da parte del *Next Generation Eu* degli interventi del Piano (come prescritto dall’articolo 34 del Regolamento (UE) 2021/241 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza).

[24] La disposizione specifica che l’inadempienza può concretizzarsi nel mancato rispetto di un obbligo o di un impegno assunto; nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all’avvio dei progetti nel ritardo, inerzia o difformità nell’esecuzione di progetti. L’accelerazione assume infatti, come spesso accade, un ruolo centrale nella semplificazione, si v. si v. M.A. Sandulli, *Le novità sul regime delle autorizzazioni nel PNRR*, relazione al *webinar* di Aidambiente il piano nazione di ripresa e resilienza, 15 giugno 2021 video disponibile su www.aidambiente.it.

[25] Su cui si v. A.G. Pietrosanti, *Sui poteri sostitutivi previsti dal D.P.R. 12 settembre 2016, n. 194*, in AA. VV., *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2016, 29 ss.

[26] Il piano tedesco affida il processo di governance al Ministero delle Finanze che lavorerà insieme all'ufficio del Cancelliere, agli altri ministri responsabili e al Parlamento (*Koordinierungsstelle*). Si v. sul punto l'analisi della Commissione UE, 22 giugno 2021, *Analysis of the recovery and resilience plan of Germany*, in *ec.europa.eu*; Similmente la governance del Piano France Relance, è affidata al Ministro dell'Economia e del Rilancio (denominazione riformata per l'occasione) e nell'attuazione saranno coinvolti tutti i Ministri del governo francese. La Francia ha tuttavia scelto di riattivare l'*Haut-Commissaire au Plan* (Ufficio per la pianificazione), significativamente creato nel 1946, prevedendo che il suo responsabile venga nominato dal Presidente della Repubblica. Tale responsabile dovrà dirigere e coordinare l'attività di pianificazione e di previsione dello Stato. Saranno inoltre creati due comitati di sorveglianza per garantire l'attuazione delle misure a livello nazionale e locale. Si v. sul punto Commissione UE 23 giugno 2021, *Analysis of the recovery and resilience plan of France*, in *ec.europa.eu*; anche in Spagna, si è preferito creare una nuova struttura invece di lasciare la governance a istituzioni già esistenti, si v. Commissione UE, 16 giugno 2021, *Analysis of the recovery and resilience plan of Spain*, in *ec.europa.eu*.

[27] Si v. in tal senso la memoria della Corte dei conti sul d.l. n. 77/2021 recante "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure", AC3146, giugno 2021, in www.cortedeiconti.it.

[28] Basti verificare che nel 2020 le politiche di coesione dirette a superare il divario tra le regioni sono state portate avanti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri principalmente tramite convenzioni con società *in house* quali Initalia e Studiare sviluppo s.r.l. che appunto hanno operato in sinergia con gli uffici della Presidenza, si v. sul punto il Giudizio di purificazione del Rendiconto generale dello Stato della Corte dei conti, pubblicata il 23 giugno 2021, in www.cortedeiconti.it.

[29] Si v. in particolare pag. 157 ss. del PNRR.

[30] 1) Realizzazione dell'asse ferroviario Palermo-Catania-Messina; 2) Potenziamento della linea ferroviaria Verona-Brennero (opere di adduzione); 3) Realizzazione della linea ferroviaria Salerno-Reggio Calabria; 4) Realizzazione della linea ferroviaria Battipaglia-Potenza-Taranto; 5) Realizzazione della linea ferroviaria Roma-Pescara; 6) Potenziamento della linea ferroviaria Orte-Falconara; 7) Realizzazione delle opere di derivazione della Diga di Campolattaro (Campania); 8) Messa in sicurezza e ammodernamento del sistema idrico del Peschiera (Lazio); 9) Interventi di potenziamento delle infrastrutture del Porto di Trieste (progetto Adriagateway); 10) Realizzazione della Diga foranea di Genova.

[31] Si v. l'audizione informale in ottava Commissione dell'Ufficio di Presidenza della Commissione Lavori pubblici sulla "Linea alta velocità Salerno-Reggio Calabria e linea Potenza Battipaglia" 8 Giugno 2021 dei rappresentanti di RFI - Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. sulla nuova linea ad alta velocità Salerno-Reggio Calabria e sulla linea Potenza-Battipaglia, pubblicata sul sito del Senato (www.senato.it).

[32] La disposizione prevede che "il Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici di cui all'articolo 45 verifica, entro quindici giorni dalla ricezione del progetto di fattibilità tecnico-economica, l'esistenza di evidenti carenze, di natura formale o sostanziale, ivi comprese quelle afferenti gli aspetti ambientali, paesaggistici e culturali, tali da non consentire l'espressione del parere e, in tal caso, provvede a restituirlo immediatamente alla stazione appaltante richiedente, con l'indicazione delle integrazioni ovvero delle eventuali modifiche necessarie ai fini dell'espressione del parere in senso favorevole. La stazione appaltante procede alle modifiche e alle integrazioni richieste dal Comitato speciale, entro e non oltre il termine di quindici giorni dalla data di restituzione del progetto. Il Comitato speciale esprime il parere entro il termine massimo di trenta giorni dalla ricezione del progetto di fattibilità tecnica ed economica ovvero entro il termine massimo di venti giorni dalla ricezione del progetto modificato o integrato secondo quanto previsto dal presente comma. Decorso tali termini, il parere si intende reso in senso favorevole".

[33] Si v. ancora M.A. Sandulli, *Le novità sul regime delle autorizzazioni nel PNRR*, relazione al webinar di Aidambiente il piano nazionale di ripresa e resilienza, 15 giugno 2021 video disponibile su www.aidambiente.it.

[34] Il dPCM n. 76 del 10 maggio 2018 ha disciplinato le modalità di svolgimento, le tipologie e le soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico, in attuazione di quanto previsto dall'art. 22, comma 2, del Codice dei contratti. In particolare, il comma 2 dell'articolo 22 del Codice aveva previsto l'adozione, entro un anno dalla sua entrata in vigore, di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri per la disciplina dei criteri per l'individuazione delle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, distinte per tipologia e soglie dimensionali, per cui è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico, nonché le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura. Il decreto citato si compone di 10 articoli e di un allegato: l'articolo 1 individua l'oggetto del dibattito pubblico; l'articolo 2 contiene le definizioni; l'articolo 3 individua l'ambito di applicazione; l'articolo 4 disciplina il ruolo, la composizione e le funzioni della Commissione nazionale per il dibattito pubblico; gli articoli 5, 6, 7, 8, 9 disciplinano le modalità di indicazione, svolgimento e conclusione del dibattito pubblico; l'articolo 10 contiene le disposizioni transitorie e finali. L'Allegato 1 contiene le tipologie e le soglie dimensionali delle opere sottoposte obbligatoriamente a dibattito pubblico.

[35] Sul tema si v. N. Posteraro, *Grandi opere e partecipazione democratica: alcune riflessioni sul dibattito pubblico italiano “à la française”*, in *Ist. fed.*, 2020, 3, 607.

[36] Regolamenti (UE) nn. 2021/240 e 2021/241.

[37] Si v. il caso di recente esaminato da TAR Puglia, Lecce, sez. III, 17 giugno 2021, n. 935 relativamente ad un bando di cui si lamentava la legittimità della previsione con cui, per favorire l'imprenditoria femminile, si assegnava un punto per le domande presentate da soggetti di sesso femminile. La pronuncia ha annullato l'aggiudicazione affermando che *“la disposizione dell'Avviso pubblico che ha previsto l'assegnazione “tout court” di un ulteriore punto per l'impresa femminile è illegittima, insieme agli impugnati atti comunali consequenziali, poiché viola il divieto, normativamente imposto (in primo luogo a livello costituzionale), di ogni discriminazione sulla base del sesso, oltreché la regola iuris della parità di trattamento tra i partecipanti di un confronto concorrenziale”*.

[38] La disciplina era già stata modificata dal c.d. decreto “Sblocca cantieri” (d.l. n. 32 del 2019 conv. in l. n. 55 del 2019) che all'art. 1, comma 18, aveva previsto, *“nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici”* e fino al 31 dicembre 2020, che il subappalto *“non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”*.

[39] La direttiva 2014/24/UE, come risulta dal suo considerando n. 1, ha l'obiettivo di garantire il rispetto, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e dei principi che ne derivano, in particolare la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza, nonché di garantire che l'aggiudicazione degli appalti pubblici sia aperta alla concorrenza. In particolare, a tal fine, la predetta direttiva prevede espressamente, al suo articolo 63, paragrafo 1, la possibilità per gli offerenti di fare affidamento, a determinate condizioni, sulle capacità di altri soggetti, per soddisfare determinati criteri di selezione degli operatori economici. Inoltre, l'art. 71 della medesima direttiva, che riguarda specificamente il subappalto, al suo paragrafo 2 dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti. Ne deriva che, al pari della direttiva 2004/18 abrogata dalla direttiva 2014/24, quest'ultima sancisce la possibilità, per gli offerenti, di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, purché le condizioni da essa previste siano soddisfatte. Si v., in tal senso, per quanto riguarda la direttiva 2004/18, la pronuncia della CGUE, C-406/14, ove la Corte ha stabilito che *“una clausola del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, è incompatibile con tale direttiva”*. Sul tema si v. tra i contributi più recenti: G.A. Giuffrè, *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2018, 1, 85 ss.; A. Giusti, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 157.

[40] Si fa riferimento alla pronuncia della CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18.

[41] R.D. 8 novembre 1923, n. 2240 e R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

[42] In tal senso TAR Valle d'Aosta, 3 agosto 2020, n. 34; similmente anche Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389, secondo cui *“Il limite del 30% per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, posto all'affidamento in subappalto dall'art. 105, co. 2, del codice dei contratti pubblici deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 settembre 2019 (C -63/18) e 27 novembre 2019 (C -402/18)”*; in senso contrario si v. TAR Lazio, Roma, sez. III, 3 novembre 2020, n.11304, secondo cui: *“la Corte di Giustizia dell'UE 26 settembre 2019 C-63/18, pur avendo censurato il limite del subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30% dei lavori, non esclude la compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori. Di conseguenza la Corte ha considerato in contrasto con le direttive comunitarie in materia il limite fissato, non escludendo invece che il legislatore nazionale possa individuare comunque, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari, un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo. Pertanto non può ritenersi contrastante con il diritto comunitario l'attuale limite pari al 40% delle opere, previsto dall'art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019”*.

[43] Segnalazione del 23 marzo 2021 consultabile sul sito dell'Autorità al seguente link: <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/S4143%20-%20LEGGGE%20ANNUALE%20CONCORRENZA.pdf>

[44] Si ricorda anche la nota del 27 ottobre 2020 *“Normativa sui limiti del subappalto”* ove veniva affermato che *“In termini generali, l'Autorità ritiene che eventuali limiti all'utilizzo del subappalto dovrebbero essere proporzionati all'obiettivo di interesse generale che si intende perseguire e giustificarsi in relazione al caso concreto, sulla base di criteri ben definiti e motivati dalla stazione appaltante in sede di gara. Ad esempio, le caratteristiche strutturali del mercato di riferimento potrebbero giustificare un limite al ricorso al subappalto laddove, in presenza di un limitato numero di possibili imprese partecipanti alla gara, il suo utilizzo potrebbe favorire l'attuazione di intese spartitorie. Ulteriori restrizioni potrebbero derivare dalla particolare natura delle prestazioni dedotte in contratto o da esigenze di sicurezza nella fase di esecuzione. In casi eccezionali la stazione appaltante potrebbe motivatamente imporre il divieto di subappalto dell'intera commessa, in considerazione delle particolari specificità dell'appalto. Inoltre, l'obbligo di indicare, già in sede di offerta, la quota parte dell'appalto e i lavori che si intendono subappaltare, oltre all'identità degli eventuali subappaltatori, potrebbe consentire alle stazioni appaltanti di individuare*

preventivamente i soggetti incaricati e di effettuare le opportune verifiche circa la loro capacità e affidabilità, al fine di prevenire rischi di corruzione e collusione nelle fasi di affidamento ed esecuzione dell'appalto”.

[45] Sul punto era già intervenuto il d.l. n. 76/2020 e la l. di conversione n.120/2020.

[46] Dal 1 gennaio 2020 sono in vigore le “nuove” soglie di rilevanza comunitaria per il biennio 2020-2021. Per i settori ordinari (introdotte dal Regolamento 2019/1828, si ricorda sono: € 5.350.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni; € 214.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; € 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX del d.lgs. 50/2016.

[47] Il termine del d.l. n.76/2020 era stato indicato al 31 luglio 2021, poi modificato in sede di conversione al 31 dicembre 2021 e ora slittato al giugno 2023.

[48] Si v. Le linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio consultivo tecnico di cui agli articoli 5 e 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito in legge 11 settembre 2020n, n. 120, adottate il 21 dicembre 2020, disponibili in www.l'amministrativista.it. Tali linee guida predisposte dal gruppo di lavoro chiariscono aspetti significativi per il funzionamento dell'istituto con particolare riferimento all'ambito di applicazione, alle modalità di costituzione del Collegio, alla natura delle determinazioni e ai costi di funzionamento. Per un commento si v. F. Francario M. Sessa A. Zambrano, *Presentazione delle “Linee Guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio Consultivo Tecnico di cui agli articoli 5 e 6 del DL 16 luglio 2020 n. 76, convertito nella legge 11 settembre 2020 n. 120 (cd decreto semplificazioni)”*, DEI, Roma, 2021; F. Francario, *La natura giuridica delle determinazioni del collegio consultivo tecnico, focus, in www.l'amministrativista.it*. Si v. anche il webinar di aggiornamento professionale *“Linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del collegio consultivo tecnico predisposte del gruppo di lavoro costituito dal Cons. Sup. LL-PP.”* organizzato dal Consiglio Superiore Lavori Pubblici, dal Consiglio Nazionale Ingegneri, dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE) e dalla Fondazione CNI, disponibile su Youtube e il webinar organizzato dalla Convegno CCLM-CAM, disponibile su Youtube e disponibili in www.l'amministrativista.it.

[49] In particolare si tratta dei requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del collegio consultivo tecnico, dei criteri preferenziali per la loro scelta, dei parametri per la determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell'opera, nonché all'entità e alla durata dell'impegno richiesto ed al numero e alla qualità delle determinazioni assunte, le modalità di costituzione e funzionamento del collegio e il coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflattivi e contenziosi esistenti.

[50] Su cui si v. S. Tranquilli, *Le «zone economiche speciali» e la coesione territoriale: indagine comparata nell'Unione Europea e analisi del tentativo italiano, in il dir. economia, 2020, 2, 24.*

[51] Nell'ambito dei Piani strategici di sviluppo delle ZES coinvolte (Campania, Calabria, Ionica Interregionale Puglia e Basilicata, Adriatica Interregionale in Puglia e Molise, Sicilia occidentale e orientale, Abruzzo e Sardegna) sono infatti previste diverse progettualità infrastrutturali. In particolare collegamenti di “ultimo miglio” tra le aree industriali e la rete SNIT e TEN-T; urbanizzazioni primarie; reti di trasporto resilienti ed efficienti con interventi locali mirati a rafforzare il livello di sicurezza delle opere d'arte serventi.

[52] Si v. l'art. 1, comma 316, della “Legge di bilancio” 2020.

[53] Come del resto dimostra il ddl. n. 1162/19 presentato durante la XVIII legislatura, comunicato alla Presidenza del Senato il 22 marzo 2019, sub nota 20.

[54] Si v.in tal senso C. Contessa, *Le novità del “Decreto semplificazioni”*, op cit., 757 ss. . In senso contrario all'applicazione di una normativa “per deroghe” si era espressa anche l'Anac sia nel Documento illustrativo e nel Vademecum pubblicati in data 9.4.2020, che nelle Osservazioni presentate nel mese di agosto 2020 alla Commissione Lavori pubblici del Senato. In tale ultimo intervento, l'Autorità, preso atto delle diverse soluzioni adottate nel c.d. decreto semplificazioni, ha analizzato le disposizioni in materia di contratti pubblici, evidenziandone le criticità. Sul punto sia consentito il rinvio a A. Coiante, *Il decreto semplificazioni e le osservazioni dell'ANAC, in lamministrativista.it, 10 agosto 2020.*

[55] Sul criticato meccanismo della previsione di più decreti “correttivi” già al momento dell'emanazione della legge delega di riforma sui contratti pubblici del 2016 anche per intervenire sui numerosi errori presenti nel Codice redatto “in tempi assolutamente inaccettabili per compensare gli ingiustificabili ritardi nella stesura della legge delega” si v. M. A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici, in www.federalismi.it, 2, 2016.*

[56] Si pensi all'estrema confusione che ancora regna sulla decorrenza dei termini per impugnare gli atti di gara a causa della mancanza di coordinamento normativo tra il Codice del processo amministrativo (che contiene ancora riferimenti al d.lgs. n. 163/2006), e il Codice dei contratti pubblici. Nonostante le ripetute sollecitazioni della dottrina (su cui si v. M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in www.lAmministrativista.it) e dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020 (che aveva disposto la trasmissione della copia della pronuncia alla Presidenza del Consiglio dei Ministri affinché fosse disposta "una modifica legislativa ispirata alla necessità che vi sia un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea") Confusione accentuata dalla circostanza che la suddetta pronuncia dell'Adunanza Plenaria non considera la questione di legittimità costituzionale che era stata in precedenza sollevata da TAR Puglia, Lecce, sez. III, 2 marzo 2020, n., 297 sull'art. 120, co. 5 c.p.a nella parte in cui detta disposizione fa decorrere il termine per la proposizione di motivi aggiunti dalla ricezione della comunicazione di aggiudicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006.

[57] Definiti come "volano del rilancio" nel Rapporto che, a giugno 2020, il Comitato di esperti in materia economica e sociale ha presentato al Presidente del Consiglio dei ministri, dal titolo "*Iniziative per il rilancio Italia 2020 2022*" contenente una serie di obiettivi e di iniziative per il rilancio "post crisi Covid-19". Per approfondimenti su tale rapporto sia consentito il rinvio a A. Coiante, *Il futuro del Codice dei contratti pubblici al vaglio del Comitato di esperti per il rilancio dell'economia italiana nel periodo post emergenza*, in lamministrativista.it, 20 giugno 2020.

[58] È stato evidenziato, infatti, che in media nel nostro Paese la realizzazione di un'opera pubblica dura circa 4,4 anni. La fase di progettazione dell'opera è (in media) la fase più lunga e da sola rappresenta più della metà della durata complessiva media (2,5 anni). In media, invece, si impiegano 0,6 anni per la fase di affidamento dei lavori e 1,3 per la loro esecuzione. Sui tempi di realizzazione incidono, tuttavia, i c.d. "tempi di attraversamento" ossia i tempi intercorrenti tra la fine di una fase procedurale e l'inizio di quella successiva oppure addirittura tra le sottofasi (es. tra la progettazione preliminare e quella definitiva), che equivarrebbero in media circa al 54% della durata complessiva della realizzazione di un'opera (valore che sale al 60% se si prende in considerazione la sola fase della progettazione). L'allungamento di questi tempi sarebbe dovuto in gran parte a "inefficienze amministrative" quali, ad esempio, lungaggini burocratiche e incertezze negli iter autorizzativi. Dati ricavati dal paper della Banca D'Italia "*Questioni di Economia e finanza. Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari*", 19 ottobre 2019 n. 520, su cui si v. A. Pajno, nel webinar ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?, 4 maggio 2020, Per una più approfondita analisi su tali considerazioni si v. il rinvio A. Coiante, *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, op. cit.

[59] Si v. la relazione annuale 2020 alla Camera da parte del Presidente dell'ANAC, 18 giugno 2020, in <https://www.anticorruzione.it/>

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1641 – 29 marzo 2021

Atti giudiziari e tutela dei dati personali (nota a TAR Lazio, Sez. III, 1° febbraio 2021, n. 579)

di Emanuela Concilio

Sommario: 1. La vicenda. – 2. Tutela dei dati personali: l'evoluzione normativa – 3. L'esigenza di pubblicità dei dati degli atti giudiziari e i "motivi legittimi" di oscuramento dei dati personali. – 4. La decisione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. La vicenda.

L'ordinanza del Tar Lazio in commento costituisce l'occasione per fare il punto sui rapporti tra tutela dell'interesse alla riservatezza e quello alla trasparenza e pubblicità della funzione giudiziaria.

La decisione all'esame origina dal ricorso proposto da una concorrente esclusa dalla procedura selettiva per l'ammissione alle Scuole di Specializzazione di area sanitaria che, impugnando la graduatoria del concorso, formulava, in sede cautelare, istanza di ammissione con riserva e in soprannumero alle Scuole di Specializzazione indicate nella domanda, nonché istanza di oscuramento dei propri dati personali in tutti i provvedimenti oggetto di pubblicazione, ai sensi dell'art. 52, co. 1 del d. lgs. 196 del 2003 e s.m.i.

Il Tar Lazio respingeva l'istanza cautelare e la domanda di oscuramento dei dati personali ritenendo entrambe non sufficientemente motivate. In particolare, in merito alla istanza di

oscuramento, il giudice amministrativo riscontrava la totale assenza di ragioni giustificatrici idonee a superare il dettato normativo dell'art. 51 del d. lgs. n. 196/2003, il quale sancisce il principio di accessibilità delle sentenze e delle altre decisioni dell'autorità giudiziaria; e dell'art. 52, co. 1, d. lgs. n. 196/2003 che richiede, ai fini dell'oscuramento dei dati costitutivi dell'atto, l'esistenza di "motivi legittimi".

2. Tutela dei dati personali: l'evoluzione normativa

Il principio di riservatezza e il diritto alla tutela dei dati personali non trovano espresso riconoscimento nella Carta costituzionale[1]. Essi piuttosto fondano le proprie radici nell'ordinamento sovranazionale, ed in particolare, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i cui artt. 7 e 8 – rispettivamente rubricati "*Rispetto della vita privata e della vita familiare*" e "*Protezione dei dati di carattere personale*" – sanciscono il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni, nonché il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, con la precisazione che: "*Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o ad un altro fondamento legittimo previsto dalla legge*".

Il principio di riservatezza e il diritto alla privacy trovano fondamento, inoltre, nell'art. 16, primo e secondo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, il quale enuncia il principio secondo cui ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano; e attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio il compito di stabilire "*le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati*".

Nell'ordinamento nazionale, un primo passo verso il riconoscimento della tutela dei dati personali è stato attuato, come noto, con l'introduzione del d.lgs. n. 196 del 2003, denominato *Codice in materia di protezione dei dati personali*. L'attuale disciplina del Codice, tuttavia, costituisce il frutto di un'opera di adeguamento e rivisitazione a seguito della entrata in vigore nel nostro ordinamento del nuovo Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (relativo alla protezione delle persone fisiche con riferimento al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali, ed indentificato con l'acronimo di GDPR)[2]. L'opera di adeguamento sistematico, attuata dal d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101, ha comportato la rimodulazione delle ipotesi di dati tutelati dalla *privacy* e l'introduzione di nuove disposizioni con ampliamento delle ipotesi di oscuramento obbligatorio.

Il G.D.P.R., infatti, ha disposto che siano soggetti ad oscuramento obbligatorio quei dati che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché i dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona (art. 9). Inoltre, ha previsto l'oscuramento dei dati relativi a condanne penali, reati e connesse misure di sicurezza (art. 10).

Sulla base di tali indicazioni, il legislatore nazionale – al fine di individuare l’*ubi consistam* delle limitazioni applicabili alla diffusione, integrale o parziale, delle pronunzie giudiziarie – ha disciplinato la materia dei dati personali distinguendo il profilo del trattamento dei dati personali da parte degli organi di giustizia (l’art. 2-*duodecies* del d.lgs. n. 196 del 2003, così come integrato dal d.lgs. n. 101 del 2018) da quello relativo alla divulgazione all’esterno, per finalità di informazione e di informatica giuridica, del contenuto dei provvedimenti giurisdizionali (di cui agli artt. 51 e 52 del d.lgs. n. 196 del 2003, così come integrate dal d.lgs. n. 101 del 2018).[3]

Sotto il primo profilo, l’art. 2-*duodecies* del d.lgs. n. 196 del 2003, disciplinante “*limitazioni per ragioni di giustizia*”, precisa cosa debba intendersi per “ragioni di giustizia”[4].

Sotto il secondo profilo, vengono in rilievo le disposizioni contenute agli artt. 51 e 52, del medesimo d. lgs. n. 196 del 2003. Più precisamente, l’art. 51 del Codice in materia di protezione dei dati personali, rimasto immutato a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 101 del 2018, disciplina la diffusione dei provvedimenti giudiziari, prevedendo la piena accessibilità degli stessi – e quindi dei dati identificativi delle questioni pendenti dinanzi all’autorità giudiziaria di ogni ordine e grado – da parte di chi vi abbia interesse anche mediante reti di comunicazione elettronica, ivi compreso il sito istituzionale della medesima autorità nella rete Internet e precisa che le sentenze e le altre decisioni dell’autorità giudiziaria di ogni ordine e grado depositate in cancelleria o segreteria sono rese accessibili anche attraverso il sistema informativo e il sito istituzionale della medesima autorità nella rete Internet, osservando opportune cautele.

Le cautele richiamate sono disciplinate dal successivo art. 52, parzialmente modificato dal d.lgs. n. 101 del 2018[5], che individua i limiti alla diffusione del contenuto, integrale o parziale, delle sentenze e degli altri provvedimenti giurisdizionali. Tali limiti si applicano sia alle ipotesi di divulgazione per finalità di informazione giuridica su riviste scientifiche o su supporti elettronici, sia ad ogni altra ipotesi di riproduzione di pronunce giudiziarie, come nel caso della diffusione di notizie su organi di stampa.

L’art. 52, comma 1 del d. lgs. 196 del 2003 s.m.i. autorizza l’interessato a chiedere - per motivi legittimi e prima della definizione del relativo grado di giudizio[6] - l’annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l’indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento.

In altri termini, la norma disciplina le modalità operative attraverso le quali avviene l’anonimizzazione dei dati identificativi degli interessati nei provvedimenti giudiziari. In particolare, nel definire i casi nei quali è garantito il diritto all’anonimato delle parti in giudizio o dei soggetti interessati, distingue due ipotesi. In primo luogo, individua espressamente specifiche ipotesi nelle quali il bilanciamento tra gli opposti interessi – esigenze di riservatezza e pubblicità degli atti giudiziari – è compiuto a monte dal legislatore in considerazione della delicatezza di determinate categorie di dati (art. 52, co. 5 e art. 9 GDPR): l’oscuramento obbligatorio e d’ufficio riguarda le generalità e gli altri dati identificativi, ovvero altri dati anche relativi a terzi dai quali possa desumersi – direttamente o indirettamente – l’identità di minori o delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone. In secondo luogo, la medesima disposizione prevede il giudizio di bilanciamento a valle della

verifica della sussistenza di “motivi legittimi” a fondamento della richiesta di oscuramento dei dati identificativi delle parti, onde consentire al giudice il vaglio sulla meritevolezza delle ragioni per le quali la decisione dovrebbe derogare al principio di pubblicità degli atti.

Del resto, lo stesso art. 52, co. 7, del d.lgs. 196/2003 prevede che al di fuori degli indicati casi “è ammessa la diffusione in ogni forma del contenuto anche integrale di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali”.

3. L'esigenza di pubblicità dei dati degli atti giudiziari e i “motivi legittimi” di oscuramento dei dati personali.

L'elemento cruciale, pertanto, è costituito dalla individuazione dell'*ubi consistam* dei motivi legittimi di oscuramento dei dati personali.

Sul punto è stato dirimente l'intervento nomofilattico della Corte di Cassazione (Sez. VI, 15/2/2017, n. 11959), secondo la quale la corretta interpretazione dell'espressione “*motivi legittimi*” deve essere intesa come sinonimo di “*motivi opportuni*”, la cui valutazione impone un equilibrato bilanciamento tra esigenze di riservatezza del singolo e di pubblicità della sentenza. A guidare il suddetto bilanciamento, peraltro, vengono in rilievo le linee guida del Garante della privacy, pubblicate il 2 dicembre 2010, le quali pongono una duplice tipologia dei “motivi legittimi”: l'una relativa alla particolare natura dei dati contenuti nel provvedimento; l'altra alla delicatezza della vicenda oggetto del giudizio. Invero, mentre per la nozione di “*particolare natura dei dati*” non sono sorti dubbi, risultando pacifico il riferimento ai dati sensibili (esplicitamente indicati dalla normativa speciale), per il concetto di “delicatezza della vicenda” è stata necessaria un'ulteriore specificazione da parte della Suprema Corte, laddove ha precisato che “*l'estrema latitudine del sostantivo abbia necessità di essere riempita di contenuti concreti, sintomatici della peculiarità del caso e della capacità, insita nella diffusione dei relativi dati, di riverberare (...) negative conseguenze su vari aspetti di vita sociale e di relazione dell'interessato (...), così andando ad incidere pesantemente sul diritto alla riservatezza del singolo (...)*”. Una definizione, insomma, che affida all'imprescindibile ruolo del giudice il bilanciamento in concreto degli opposti interessi in gioco.

L'esito del bilanciamento tuttavia non appare scontato: nelle ipotesi in cui si versi in presenza di dati sensibili o sensibilissimi ovvero di particolari categorie di dati ritenuti prevalenti dal legislatore, l'oscuramento delle generalità degli interessati non pregiudica la finalità di informazione giuridica, risultando, anzi, necessaria per tutelare la sfera di riservatezza dei soggetti coinvolti (Cass. civile, Sez. I, 20/05/2016, n. 10510); diversamente, in tutte le altre ipotesi la liceità della pubblicazione integrale dei dati identificativi delle parti, anche di sentenze di condanna, è data dal pieno rispetto della normativa di cui all'art. 52 d. lgs. 196 del 2003 (Cass. penale, Sez. V, 11/12/2008, n. 4239). E ciò vale sia nei casi in cui si verifichi un “difetto” di oscuramento, sia (a maggior ragione) nei casi di “eccesso” di oscuramento, laddove con tale espressione si intende far riferimento al caso in cui oggetto della relativa richiesta siano non solo i dati identificativi delle persone fisiche, ma anche quelli delle pronunce giurisdizionali. In tali casi, l'oscuramento opererebbe in maniera del tutto arbitraria e in assenza di qualsivoglia fondamento normativo nella vigente disciplina della protezione dei dati personali, con il rischio evidente di pregiudicare la possibilità di avere piena contezza degli avvenimenti e di operare quello che è stato definito un “improvvido oscuramento”:

“dati identificativi delle pronunce (autorità, data e numero) e dati identificativi delle persone fisiche (generalità e altri dati identificativi della persona) sono cose diverse e sarebbe completamente fuori luogo, ove ne sia stata mai questa la ragione, invocare la possibilità che ciò renderebbe possibile identificare indirettamente la persona fisica, poiché un simile livello di riservatezza è previsto dall’ordinamento solo per le pronunce rese nei confronti di persone offese da atti di violenza sessuale o di minori o in materia di diritto di famiglia e di stato delle persone (articoli 51 e 52 codice della privacy)[7].

4. La decisione.

La decisione adottata dal Tar Lazio con l’ordinanza in commento merita di essere segnalata in quanto, in linea con l’orientamento maggioritario della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, esclude l’accoglimento dell’istanza di oscuramento al di fuori delle ipotesi eccezionali tipizzate dal legislatore (art. 52, co. 5, d.lgs. 196/2003) ed in assenza di motivi legittimi.

In particolare, il Tar Lazio fonda la propria decisione sulla base di un *iter* logico che pone l’esigenza di pubblicità e quella di anonimizzazione in termini di regola-eccezione. Invero, i giudici amministrativi affermano il principio di pubblicità ed accessibilità delle sentenze e delle altre decisioni della autorità giudiziaria come regola generale dell’ordinamento desunta, oltre che dal richiamato art. 51 d. lgs. n. 196 del 2003, anche dalla circostanza che l’indicazione delle parti costituisce elemento essenziale del provvedimento giurisdizionale[8] e che l’obbligo di pubblicazione rappresenta *“un necessario corollario del principio costituzionale dell’amministrazione della giustizia in nome del popolo”*[9]. Conseguentemente, essi individuano nell’oscuramento dei dati personali l’eccezione alla regola, necessitante – in quanto tale – di opportuna motivazione, l’unica in grado di consentire all’organo giudicante di effettuare quel *“giusto ed equilibrato”* bilanciamento tra gli opposti interessi e di verificare l’effettiva prevalenza dell’interesse privato all’anonimato rispetto all’interesse pubblico a garantire accessibilità degli atti giurisdizionali. Sicché, in presenza di una istanza immotivata e del tutto generica, come quella presentata dalla parte ricorrente nel caso di specie, l’esigenza di anonimizzazione diventa recessiva rispetto a quella di pubblicità degli atti giurisdizionali. Nel caso in esame, considerata l’afferenza ad una procedura concorsuale, i dati personali della ricorrente - considerati elementi costitutivi dell’atto indispensabili anche ai fini della integrazione del contraddittorio - sono stati ritenuti *“indispensabili ai fini di una eventuale integrazione del contraddittorio per pubblici proclami, nei confronti di molteplici controinteressati ravvisabili negli altri candidati inseriti nella graduatoria”*[10].

5. Considerazioni conclusive.

Il tema dell’oscuramento dei dati personali acquista sempre maggiore attualità in una società caratterizzata dalla costante evoluzione tecnologica e da una rapida diffusione delle informazioni attraverso la rete, coinvolgendo il diritto alla *privacy*, posto a presidio della riservatezza, dell’identità e dignità della persona, e l’esigenza di accessibilità della funzione giurisdizionale, posta a presidio dell’interesse pubblico alla pubblicità e trasparenza di relativi atti[11].

In un campo così variegato, il bilanciamento tra gli opposti interessi non può risolversi semplicisticamente in termini di prevalenza/soccombenza di un interesse rispetto all'altro, laddove l'interesse pubblico, in realtà, contiene in sé anche il perseguimento di quelle finalità poste a presidio di esigenze di tipo "privato"[12]. In altri termini, è lo stesso principio di buon andamento ad imporre che l'interesse pubblico garantisca l'osservanza di quelle disposizioni poste a presidio della tutela dei dati personali e che tale tutela costituisca l'esito di un equilibrato bilanciamento tra esigenze diverse[13].

Ovviamente per fare ciò è necessario principiare da una corretta interpretazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali, scongiurando il rischio che arbitrarie generalizzazioni estendano inopportuno il regime di tutela prevista *ex lege* per i dati sensibili e sensibilissimi a tutti gli altri dati rendendo automatico l'oscuramento non solo dei dati identificativi delle persone fisiche, ma addirittura dei dati del provvedimento e dell'organo giudicante. Ciò significa, in pratica, che il problema del bilanciamento può porsi - di regola - solo per l'indicazione "diretta" delle generalità delle persone fisiche e che l'oscuramento delle generalità e dei dati che anche indirettamente possono consentire l'identificazione della persona fisica interessata è possibile e doveroso solo in presenza di dati "sensibili"[14].

Con specifico riguardo alle decisioni del giudice amministrativo, si deve ancora ricordare l'art. 56, comma 2, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale), il quale dispone che "*Le sentenze e le altre decisioni del giudice amministrativo e contabile, rese pubbliche mediante deposito in segreteria, sono contestualmente inserite nel sistema informativo interno e sul sito istituzionale, osservando le cautele previste dalla normativa in materia di tutela dei dati personali*". Anche in questo caso viene prescritta la pubblicazione delle sentenze e delle altre decisioni del giudice amministrativo nel sistema informativo (sito istituzionale), seppure con dei temperamenti rappresentati dalla necessità di osservare delle cautele previste dalla disciplina in materia di tutela dei dati personali cui viene fatto generico rinvio. La disposizione pecca di genericità, non chiarendo esattamente quali siano le "*cautele previste*", ed esponendosi conseguentemente a letture interpretative di difforme tenore che possono ampliare o restringere l'ambito entro cui è consentito (o imposto) l'oscuramento dei dati personali[15]. La regola tuttavia non può che rimanere quella che impone il trattamento dei dati giudiziari in presenza di una richiesta di oscuramento immotivata e che trova fondamento nel principio di liceità del trattamento di cui all'art. 6 del GDPR, secondo il quale "*il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito d'interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento*", e nel principio di minimizzazione di cui all'art. 5 del medesimo Regolamento (UE) 2016/679, il quale precisa che i trattamenti devono in ogni caso risultare "*adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati*". Rimanendo altresì fermo che l'oscuramento dei dati che consentirebbero l'identificazione indiretta sarebbe possibile solo per tutelare interessi sensibili.

Alla luce di tali considerazioni, acquistano rilievo, quanto mai significativo, l'affermazione della Corte costituzionale, secondo la quale è necessario adottare una "*nozione dinamica di riservatezza e affidare il bilanciamento ai tradizionali canoni di proporzionalità e pertinenza*"[16] e la soluzione adottata dalla Corte di Giustizia europea, la quale ha optato per l'anonimizzazione delle persone fisiche tramite l'uso delle sole iniziali all'espreso fine di assicurare la protezione dei dati delle persone fisiche coinvolte nelle cause pregiudiziali, garantendo nel contempo l'informazione dei cittadini e la pubblicità della giustizia.

Tale soluzione, infatti, realizza un equo bilanciamento fra gli opposti valori della pubblicità del processo (di cui agli artt. 6 CEDU, 47 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e 101 Cost.) e della tutela della riservatezza dei soggetti interessati (di cui al medesimo art. 6 CEDU nonché agli artt. 7 e 8 della Carta UE e 2 Cost.)^[17].

[1] Il diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali è stato, tuttavia, ricondotto agli artt. 15 e 21 della Costituzione, i quali disciplinano, rispettivamente, la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, la cui "limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria"; e la libertà di stampa che "non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure". Cfr. P. PATATINI e F. TRONCONE (a cura di) *L'oscuramento dei dati personali nei provvedimenti della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

[2] Essendo direttamente applicabile in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, a partire dal 25 maggio 2018, il legislatore italiano ha operato una rivisitazione sistematica della disciplina, mediante l'abrogazione delle disposizioni previgenti incompatibili con il Regolamento (UE) 2016/679, l'inserimento di nuove disposizioni o la modifica di quelle precedentemente vigenti. Sul punto, cfr. A. CENTONZE, *Il diritto alla riservatezza e la tutela dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione*, in questa rivista www.giustiziainsieme.it

[3] A. CENTONZE, *op loc. cit.*

[4] Si intendono per ragioni di giustizia: i trattamenti di dati personali correlati alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie, i trattamenti effettuati in materia di trattamento giuridico ed economico del personale di magistratura, nonché i trattamenti svolti nell'ambito delle attività ispettive su uffici giudiziari.

[5] Modifica operata dall'art. 3, comma 2, lettera c) del d.lgs. 10/8/2018 n. 101.

[6] Sotto il profilo temporale, le Linee Guida del Garante per la protezione dei dati personali del 2 dicembre 2010 rilevano che un'istanza proposta dopo la definizione del giudizio resterebbe priva di effetto, salvo che si tratti di oscuramento obbligatorio. In quest'ultimo caso, infatti, l'obbligo di oscuramento si riconnette direttamente al divieto di diffusione di dati sensibili attraverso la pubblicazione di decisioni giudiziarie nelle banche dati presenti nei siti internet e continua a essere vigente anche dopo la conclusione del giudizio.

[7] In termini, F. FRANCIOSI, *Una giusta revocazione "oscurata" dalla privacy. A proposito dei rapporti tra giudicato penale e amministrativo* (nota a CGARS 1 10 2020 n. 866), in www.giustiziainsieme.it, il quale espressamente rimanda l'improvvido oscuramento (in quel caso non attribuibile all'Autorità giudicante) all'oscuramento non solo dei dati identificativi delle persone fisiche interessate dalla decisione, ma anche "inspiegabilmente" dei dati identificativi delle pronunce di primo e secondo grado oggetto del giudizio di revocazione, "fatto che rischia di render incomprensibile la pronuncia e che comunque di certo non ne agevola la comprensione". Infatti, secondo P.A. "Allo stato l'oscuramento dei dati identificativi delle pronunce giudiziarie non solo mina l'intelligibilità intrinseca della pronuncia, ma pregiudica la stessa possibilità di controllo democratico delle decisioni giurisdizionali da parte degli operatori del diritto e di ogni singolo cittadino interessato. E' un problema che va segnalato e sul quale sarà necessario tornare perché sotto questo profilo la pronuncia non è un caso isolato ma espressione di una crescente tendenza ad oscurare i dati identificativi delle pronunce giurisdizionali nonché, come spesso avviene in altri casi, i dati di enti e persone giuridiche che sono notoriamente sottratti alla disciplina della protezione dei dati personali (cfr. art 1 DPGR 2016/679: il Regolamento "stabilisce le norme relative alla protezione dei persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali" e "protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche in particolare il diritto alla protezione dei dati personali").

[8] Cfr. art. 132 c.p.c.

[9] Cfr. Cass. penale, Sez. II, 28/1/2019, n. 4145, in www.cortedicassazione.it.

[10] A tal riguardo, si segnala una recentissima pronuncia del T.A.R. Campania, Sez. II, 16 marzo 2021, n. 1757, che ha disposto l'oscuramento dei dati idonei a identificare il ricorrente e il controinteressato (nell'ambito di un giudizio relativo ad una procedura comparativa per la selezione di un ricercatore a tempo determinato), "ritenendo sussistenti i presupposti dell'art. 52, commi 1 e 2, del d. lgs. 196/2003 e dell'art. 9, paragrafo 1, del Regolamento UE 2016/679". In questo caso, pertanto, la sentenza non fornisce alcuna indicazione dei motivi legittimi che sarebbero alla base della istanza di parte e, soprattutto, pone a fondamento della decisione (anche) l'art. 9, paragrafo 1 del GDPR che si occupa di "categorie particolari di dati", che non sembrerebbero ricorrere nella fattispecie analizzata. Consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

[11] Espressione dei principi generali sanciti dagli artt. 1 e 97 Cost.

[12] Sul rapporto tra interesse pubblico e interesse privato, talora ricompreso o coincidente con il primo, cfr. M.R. Spasiano, *Interessi pubblici e soggettività emergenti*, Napoli, 1996, 18 ss.; G. C. di San Luca, *La tutela delle situazioni soggettive*, Napoli, 2011, *passim*.

[13] Sul tema buon andamento, da ultimo, M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 63 ss.

[14] Tale qualificazione riguarda le categorie di soggetti individuate ex lege, ossia minori o persone offese da atti di violenza sessuale, oppure si tratti di rapporti di famiglia e di stato delle persone o concernenti l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, dati biometrici o relativi alla salute o alla vita sessuale di una persona.

[15] F. D'ALESSANDRI, *La privacy delle decisioni giudiziarie pubblicate sul sito internet istituzionale della Giustizia Amministrativa (Relazione al convegno di Convegno Capri sull'informatica giuridica del 12/10/2019)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

[16] Corte Cost. 21/2/2019, n. 20, in www.corteconti.it.

[17] Cfr. F. D'ALESSANDRI, *La privacy delle decisioni giudiziarie pubblicate sul sito internet istituzionale della Giustizia Amministrativa (Relazione al convegno di Convegno Capri sull'informatica giuridica del 12/10/2019)*, *op. loc. cit.*

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1839 – 8 luglio 2021

La tutela risarcitoria negata: quando la colpa lievissima supera l'errata motivazione (nota a Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia Sezione Giurisdizionale, 7 aprile 2021, n. 295)

di Emanuela Concilio

Sommario: 1. La vicenda alla base dell'istanza risarcitoria – 2. Tutela risarcitoria da esercizio illegittimo della funzione e da ritardo provvedimento. – 3. La decisione del C.G.A. – 4. Dalla dequotazione al depotenziamento della motivazione del provvedimento amministrativo. – 5. Considerazioni conclusive.

1. La vicenda

Con la pronuncia in esame il C.G.A. si è espresso sulla istanza risarcitoria avanzata da una società per i danni subiti come conseguenza di altro giudizio, a seguito del quale era stato annullato il provvedimento con cui la Commissione straordinaria del Comune di Bagheria aveva revocato alcuni Piani di lottizzazione precedentemente adottati.

La vicenda, sfociata nel giudizio di annullamento, principiava dalla approvazione da parte del Comune di Bagheria di alcuni Piani di lottizzazione - e delle relative convenzioni - conformi alle previsioni del PRG all'epoca vigente, ma che sarebbero poi risultate in contrasto con il nuovo piano regolatore adottato dallo stesso Comune due mesi dopo. Tale strumento urbanistico, infatti, prevedeva la inedificabilità dell'area oggetto della lottizzazione convenzionata in quanto destinata ad attrezzatura pubblica "F/2", Aree sottostanti "parcheggi".

A poca distanza temporale dalla adozione del nuovo piano regolatore, il Comune di Bagheria veniva sciolto per infiltrazioni mafiose e la Commissione straordinaria insediatasi disponeva la revoca in autotutela della deliberazione del Consiglio Comunale che aveva approvato contestualmente dieci piani di lottizzazione – unitamente ai relativi atti di convenzionamento – tra cui quello della società ricorrente. Il provvedimento di revoca teneva conto delle osservazioni contenute nella relazione del Ministero dell'Interno, pubblicata in G.U. in occasione dello scioglimento del Comune, ove si evidenziava la stretta *“convergenza tra gli interessi delle organizzazioni criminali e l'amministrazione comunale di Bagheria”*, evincibile peraltro nella circostanza che nonostante il nuovo piano fosse già in itinere fossero state rilasciate molte concessioni edilizie a soggetti risultanti *direttamente o indirettamente legati alla malavita organizzata*.

Avverso la delibera n. 268/1999, con la quale la Commissione straordinaria disponeva la revoca in autotutela dei piani di lottizzazione approvati, i destinatari di uno dei dieci piani di lottizzazione approvati proponevano ricorso con il quale lamentavano la violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della L. n. 241/1990 per la mancata comunicazione di avvio del procedimento, nonché il vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione ex art. 3 L. n. 241/1990.

Entrambe le censure venivano respinte dal Tar Palermo, Sez. III, che - con la sentenza n. 3022 del 15 maggio 2006 - precisava, in primo luogo, la non applicabilità agli atti pianificatori dell'art. 7 della L. n. 241/1990, in virtù di quanto disposto dall'art. 13 della medesima legge; e in secondo luogo, l'infondatezza dell'eccezione relativa al difetto di motivazione, sulla base del convincimento che *“la repentina adozione di un rilevante numero di lottizzazioni proprio a ridosso del nuovo PRG fosse indice di comportamenti contrari a legge (in termini di eccesso di potere) posti in essere dall'amministrazione comunale”*.

Avverso la sentenza del Tar Palermo, gli aventi causa a titolo particolare dai ricorrenti originari (in forza di contratto preliminare di vendita e acquirenti dell'immobile), proponevano appello dinanzi al C.G.A., il quale con pronuncia del 28 settembre 2007, n. 890, accoglieva l'appello e, per effetto ed in riforma della sentenza impugnata, annullava i provvedimenti di revoca delle lottizzazioni.

Alla base della decisione il convincimento (condiviso dagli stessi giudici anche in altra pronuncia avente ad oggetto una fattispecie analoga a quella esaminata) secondo cui il piano di lottizzazione era da considerarsi legittimo al momento della sua approvazione in quanto conforme al P.R.G. vigente all'epoca; infatti, il nuovo piano non era stato ancora nemmeno adottato. In particolare, il Consiglio di Giustizia Amministrativa precisava che fino alla approvazione del nuovo piano regolatore, il Comune non avrebbe potuto agire in autotutela su un PDL già approvato ed originariamente legittimo. Sul punto rilevava che gli *“effetti anticipati”* del PRG, ossia le misure di salvaguardia, potessero produrre effetti (quali ad esempio il diniego di concessioni difformi) solo dopo l'adozione del nuovo piano regolatore: prima di tale momento nessun effetto prodromico sarebbe stato ammissibile. Sicché solo dopo l'adozione del nuovo PRG il Comune avrebbe potuto applicare le misure di salvaguardia e non rilasciare ulteriori concessioni, sebbene conformi all'originaria pianificazione (al momento ancora vigente). Peraltro, secondo i giudici il decreto comunale di adozione del nuovo PRG risultava illegittimo in quanto sprovvisto di qualsiasi motivazione in ordine alle ragioni del cambio di destinazione dell'area, in spregio al principio di certezza

del diritto e all'affidamento *medio tempore* ingenerato. Di qui, la piena soddisfazione degli interessi della ricorrente.

A distanza di quattro anni dalla suddetta pronuncia, la società ricorrente agiva in giudizio per chiedere la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni provocati dalla illegittima revoca del piano di lottizzazione. Il Tar Palermo, Sez. III, con sentenza 3 giugno 2017, n. 1474, respingeva il ricorso sulla base di due profili: la carenza della prova del danno subito dalla ricorrente dall'adozione del suddetto provvedimento poi ritenuto illegittimo e annullato in sede giurisdizionale; l'assenza dell'elemento soggettivo della colpa in capo all'Amministrazione Straordinaria del Comune di Bagheria al momento dell'adozione del provvedimento di revoca della concessione.

In particolare, quanto alla omessa prova del danno, il Tar precisava che la società ricorrente, acquistando una *res* controversa – con riguardo alla destinazione ed utilizzabilità ai fini edificatori del terreno acquistato – fosse ben consapevole dell'aleatorietà dell'investimento. Quanto poi alla prova dell'elemento soggettivo, gli stessi giudici ritenevano che, benché l'adozione di un atto illegittimo costituisca fattispecie astrattamente idonea ad integrare l'elemento oggettivo di un illecito aquiliano, ai fini dell'integrazione degli estremi del risarcimento dei danni, fosse necessario individuare l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, *“che è evidentemente cosa diversa, ed ulteriore, rispetto all'illegittimità dell'atto, giudizialmente accertata”*.

Avverso tale sentenza di rigetto, la società soccombente, proponeva appello dinanzi al C.G.A. al fine di chiedere la riforma della sentenza di primo grado adducendo la violazione degli artt. 1223 e 2043 c.c., nonché dell'art. 2-*bis* L. n. 241/1990, ritenendo che il giudice di prime cure avesse errato nel ritenere non provato il danno subito dall'adozione di un provvedimento illegittimo e non configurabile la colpa in capo alla Commissione straordinaria.

Il C.G.A.R.S. con la sentenza in commento rigettava le istanze della ricorrente ritenendo il ricorso infondato e non meritevole di accoglimento, per carenza degli elementi costitutivi della responsabilità da fatto illecito della P.A. In particolare, concordando con il giudice di primo grado, riteneva non provato il danno lamentato dalla società ricorrente e non configurabile la colpa dell'Amministrazione commissariale nella adozione degli atti di revoca delle convenzioni di lottizzazione, se non sotto il mero profilo della colpa lievissima - rintracciabile nella erronea motivazione del non giuridicamente rilevante.

2. Tutela risarcitoria da esercizio illegittimo della funzione e da ritardo provvedimentoale

Come noto, l'acquisizione della risarcibilità degli interessi legittimi si deve alla sentenza delle SS.UU. della Cassazione 22 luglio 1999, n. 500 [1], ma già in precedenza la tutela risarcitoria veniva ammessa nei confronti del potere pubblico: in un primo momento solo in relazione a normative di carattere settoriale [2], successivamente con disposizioni a carattere generale, contenute nel decreto legislativo n. 80 del 1998 e nella legge n. 205 del 2000 [3].

Con l'avvento del codice del processo amministrativo, è stata definitivamente riconosciuta la possibilità di esperire una pluralità di azioni dinanzi al giudice amministrativo (che si emancipa dall'essere "figlio di un dio minore") potendo affiancare alla classica azione caducatoria di annullamento, anche l'azione risarcitoria da illegittimo esercizio della azione, così accogliendo quanto già affermato della Corte costituzionale: in una logica eminentemente "rimediale", l'azione di risarcimento del danno viene a costituire "*strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*", in quanto tale attribuito al "*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*".[4]

La lettura del combinato disposto degli artt. 7 e 30 c.p.a. consente di ritenere attuata quella *tutela piena ed effettiva* che l'art. 1 del medesimo codice proclama, grazie alla concentrazione presso il giudice amministrativo di "ogni forma di tutela degli interessi legittimi" (art. 7, comma 7), e la devoluzione ad esso delle controversie "relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma" (art. 7, comma 4).

Viene quindi riconosciuta la possibilità di domandare "la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria" (art. 30, comma 2, c.p.a.), ammettendo tanto il "risarcimento per lesione di interessi legittimi" o "risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi" (art. 30, commi 3 e 6, c.p.a.), quanto il "risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprouvi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento" (art. 30, comma 4, c.p.a.).

Pertanto, dalla formulazione letterale dell'art. 30 c.p.a. emerge in maniera chiara la volontà del legislatore di ammettere l'azione di condanna al risarcimento sia del danno da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa, sia del cd. danno da ritardo, subordinandola tuttavia alla prova degli elementi costitutivi del danno ingiusto.

Benché la norma sia chiara nel configurare l'onere probatorio in capo al soggetto che si dichiara danneggiato, in passato si è ritenuto che la determinazione dell'ampiezza di tale onere dovesse dipendere direttamente dalla esatta qualificazione della responsabilità della p.a. nell'esercizio della funzione, ossia dalla tipologia di responsabilità da assumere come modello paradigmatico.

Per molto tempo, la questione ha visto contrapporsi diversi orientamenti: quello della responsabilità contrattuale, da contatto sociale qualificato, nonché quello della responsabilità extra contrattuale. In base ai prime due, ai fini probatori sarebbe stata sufficiente la dimostrazione dell'inadempimento (contrattuale o alle regole procedurali di correttezza e buona fede) e la prova della esistenza della situazione giuridica soggettiva (credito o interesse legittimo); quanto all'elemento soggettivo, essa avrebbe richiesto la semplice allegazione della illegittimità del provvedimento amministrativo, idoneo ad integrare una presunzione semplice in ordine alla colpa dell'amministrazione ex artt. 2727 e 2729 c.c., o del comportamento procedimentale tenuto dalla P.A., rilevante ai sensi dell'art. 1173 c.c. e degli artt. 1337 e 1338 c.c. [5]

Diversamente, l'orientamento volto ad accedere alla ricostruzione della responsabilità extra contrattuale richiedeva che fossero provati dal danneggiato tutti gli elementi costitutivi dell'art. 2043 c.c., soprattutto il danno e il nesso psicologico quanto meno della colpa. [6]

La tematica è stata recentemente approfondita dalla sentenza del C.G.A., Sez. giur., 15/12/2020, n. 1136, che ha rimesso al vaglio della Adunanza Plenaria proprio la questione della natura giuridica e del regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione. In particolare, il C.G.A., nel qualificare la responsabilità della p.a. come responsabilità contrattuale ha ritenuto che la violazione di una norma procedimentale (regola di condotta) sia di per sé lesiva dell'interesse legittimo e sufficiente a determinare la responsabilità dell'amministrazione (così discostandosi dall'orientamento fornito dalle SS.UU. Cassazione con la sentenza n. 500/1999). Con la conseguenza che, secondo i giudici remittenti, gli effetti dell'inquadramento della responsabilità della p.a. nel paradigma contrattuale debbano apprezzarsi *“in relazione al rapporto di diritto pubblico sotteso alla nascita della obbligazione risarcitoria”*. [7]

Il contrasto giurisprudenziale può dirsi ormai superato con la sentenza della Adunanza Plenaria 23/4/2021, n. 7, la quale – aderendo all'orientamento maggioritario – ha considerato maturi i tempi per qualificare la responsabilità della p.a. per l'esercizio delle sue funzioni come responsabilità da illecito extracontrattuale secondo il modello dell'art. 2043 c.c., *“sia pure con gli inevitabili adattamenti richiesti dalla sua collocazione ordinamentale nei rapporti intersoggettivi”*.

Come evidenziato in quella sede, la responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c., fondandosi sull'inadempimento della prestazione derivante da contratto, mal si attaglia alla P.A. che nell'esercizio delle sue funzioni persegue l'interesse pubblico individuato dalla norma. Norma che costituisce fonte di attribuzione di quel potere, rispetto al quale il contrapposto interesse legittimo del privato non è idoneo a configurare in capo all'amministrazione un obbligo giuridico rapportabile a quello che caratterizza le relazioni giuridiche di diritto privato, trattandosi piuttosto di *“un potere attribuito dalla legge, che va esercitato in conformità alla stessa e ai canoni di corretto uso del potere individuati dalla giurisprudenza”*.

Parimenti, alla luce del rapporto non esattamente paritario tra p.a. e privato, è da escludersi l'ammissibilità dell'indirizzo volto a configurare la responsabilità della amministrazione come da *“contatto sociale”* qualificato, in quanto il rapporto amministrativo sarebbe in ogni caso da configurarsi *in termini di “supremazia”*, caratterizzato *“da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul “contatto sociale” che si fondano sulla relazione paritaria”*.

Conseguentemente, l'Adunanza Plenaria ha qualificato la responsabilità nascente dall'esercizio illegittimo della funzione come da fatto illecito ex art. 2043 c.c., che si compone di: elemento oggettivo (il fatto illecito e danno ingiusto); elemento soggettivo (il dolo o la colpa); nesso eziologico. Requisiti che, a seguito del superamento della concezione della responsabilità della p.a. come *culpa in re ipsa* [8], abbisognano di essere adeguatamente provati dal soggetto danneggiato, venendo in rilievo non il mero danno-evento, bensì il danno-conseguenza idoneo ad incidere negativamente sulla sfera giuridica del titolare di un interesse legittimo. Prova che necessita di essere fornita ai fini della stessa determinazione dell'ammontare del risarcimento - nelle due voci di danno di cui si compone l'art. 1223 c.c., ossia il danno emergente ed il lucro cessante – ad opera del giudice, anche attraverso una pronuncia in via equitativa.[9]

Pertanto, elemento centrale nella fattispecie di responsabilità ex art. 2043 c.c. è l'ingiustizia del danno, da dimostrare in giudizio. [10] Applicando tale principio al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, di cui al sopra citato art. 7, comma 4, c.p.a, il requisito dell'ingiustizia del danno implica che il risarcimento potrà essere riconosciuto nelle ipotesi in cui l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita che il privato avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi. *“Infatti, il rapporto amministrativo si caratterizza per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale e in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, a ingenerare la responsabilità aquiliana dell'amministrazione”*. [11]

Ciò opera non solo in relazione al danno per illegittimo esercizio della funzione, ma anche in relazione al danno da ritardo, rispetto al quale l'ingiustizia del danno esige la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza. [12]

Peraltro, qualificare la responsabilità della p.a. come da illecito extra-contrattuale implica anche la possibilità di valutare, nell'esame della domanda di risarcimento dei danni da illegittimo o mancato esercizio della funzione pubblica, la condotta del privato ai sensi dell'art. 2056 c.c., espressione di un onere di cooperazione riconducibile all'art. 1227 c.c. In particolare, secondo lo schema della causalità giuridica ex art. 1227, co. 2 c.c., il risarcimento “non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”. [13]

Tale possibilità può essere letta alla luce della evoluzione che nel tempo hanno assunto i rapporti tra amministrazione e privato, “in termini di partecipazione per quest'ultimo e di attenuazione della posizione di supremazia dell'amministrazione nell'esercizio della funzione”. [14]

3. La decisione del C.G.A.

La decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa in commento aderisce all'orientamento giurisprudenziale che ricostruisce il risarcimento del danno invocato nei confronti della P.A. sulla base del modello della responsabilità aquiliana, la quale richiede - oltre alla prova della colpevolezza del soggetto che si ritiene abbia prodotto il danno ingiusto - anche la prova del danno e della buona fede e dell'uso dell'ordinaria diligenza da parte del soggetto che ritiene di aver subito un torto.

Con riguardo a tale ultimo aspetto, i Giudici amministrativi hanno escluso che la società ricorrente avesse agito in buona fede e con l'uso dell'ordinaria diligenza in virtù della consapevolezza della aleatorietà della operazione edificatoria derivante dall'acquisto di una *res litigiosa* dalle incerte proprietà edificatorie. Invero, il C.G.A. ha evidenziato come la società ricorrente fosse subentrata nei diritti e nelle facoltà concernenti il diritto di proprietà sul fondo destinato a realizzare il progetto edificatorio, in virtù di un contratto preliminare di acquisto stipulato in epoca successiva all'atto di revoca del piano di lottizzazione e della relativa convenzione (e probabilmente tali circostanze - per i Giudici - hanno inciso anche sulla definizione del prezzo pattuito per la compravendita). Sicché, essendo la società ben a conoscenza della assenza di un titolo edificatorio valido e della presenza di una controversia

pendente concernente proprio le potenzialità edificatorie del fondo, non poteva seriamente ritenersi che l'acquirente vantasse un incolpevole affidamento in ordine alla possibilità di realizzare il progetto, nonché in relazione ai tempi di realizzazione dello stesso.

In particolare, sotto questo ultimo profilo, il Collegio ha ritenuto infondata l'imputazione del ritardo nell'esercizio delle facoltà edificatorie in capo alla P.A., laddove la sequenza procedimentale – *post* sentenza del C.G.A.R.S. n. 890/2007, che dichiarava illegittimi i provvedimenti di revoca dei piani e relative convenzioni di lottizzazione – evidenziava la tempestività con la quale il Comune di Bagheria: a) adottava e approvava la variante urbanistica richiesta dalla società ricorrente per consentire il ripristino del diritto edificatorio dell'area secondo il progetto di lottizzazione (con definitiva conversione dell'area da zona F2 a zona B4); b) autorizzava la ditta, in virtù della convenzione di lottizzazione stipulata, ad eseguire le opere di urbanizzazione primaria, alle quali faceva seguito, senza alcun ritardo o inerzia, la stipula dell'atto di cessione al Comune di Bagheria, con conseguente rilascio delle concessione.

Conseguentemente i Giudici hanno rilevato che, superate le individuate criticità, il Comune non fosse stato inerte né avesse accumulato ingiustificabili ritardi, con la relativa inconfigurabilità del danno, la cui prova peraltro avrebbe richiesto di essere puntuale e rigorosa. Infatti, come precisato dallo stesso C.G.A.R.S., Sez. Giur., con sentenza 15/10/2020, n. 914, l'esistenza del danno ingiusto lamentato in giudizio “*forma oggetto di un puntuale onere probatorio in capo al soggetto che ne richieda il risarcimento, non costituendo quest'ultimo una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo illegittimo. In proposito non soccorre, infatti, il metodo acquisitivo; né l'esistenza del danno stesso potrebbe essere presunta quale conseguenza dell'illegittimità provvedimentoale in cui l'Amministrazione è incorsa*”.

Nel caso in esame, il suddetto onere probatorio non sarebbe stato soddisfatto. Infatti, il C.G.A. ha evidenziato come le due perizie giurate depositate dalla ricorrente (l'una volta a calcolare il danno asseritamente subito per effetto della illegittima revoca del piano di lottizzazione e l'altra volta a calcolare il mancato guadagno da reinvestimento della somma) fossero in realtà prive di una base documentale idonea a supportare le istanze risarcitorie della ricorrente. La prima, mancando finanche dell'indicazione del prezzo di acquisto del terreno, non avrebbe consentito di stabilire se il danno fosse derivato dal maggior costo sostenuto dalla società per la realizzazione del progetto, oppure fosse conseguenza del calo dei prezzi di vendita dovuto alla crisi del mercato immobiliare. La seconda, in quanto strettamente connessa alla prima – essendo destinata a calcolare l'ulteriore perdita commisurata alla mancata percezione degli interessi sulle somme precedentemente indicate – veniva ritenuta inutilizzabile.

Per tali ragioni, il Collegio giudicante ha escluso anche di poter valutare il lamentato danno in via equitativa, mancando dati certi sui quali fondare la valutazione.

Individuati i motivi di fatto e di diritto alla base della pronuncia di rigetto delle istanze risarcitorie avanzate dalla ricorrente – attinenti alla mancata prova del danno e della buona fede e diligenza del “danneggiato” – il Consiglio di Giustizia si è soffermato sull'ulteriore elemento costitutivo della responsabilità, l'elemento soggettivo della colpa.

In particolare, il C.G.A.R.S. ha ritenuto di *doversi* pronunciare sulla *questione della colpa* eventualmente attribuibile al Comune per l'illegittima revoca del piano di lottizzazione,

sulla base di una considerazione: consapevole della circostanza che la sentenza del C.G.A. n. 890 del 28/9/2007 avesse affermato in via definitiva la illegittimità del provvedimento di revoca richiamato e del fatto che lo stesso Collegio giudicante, in esito ad altre identiche controversie scaturenti dalla medesima delibera commissariale n. 268/1999, avesse riconosciuto il risarcimento dei danni in favore delle parti che lamentavano la illegittima revoca del piano di lottizzazione (cfr. C.G.A. 17 luglio 2015, nn. 557, 558, 559, 560, 561) [15], affermava che né la prima sentenza, né le seconde potessero precludere “*una differente pronunzia di merito in ordine alla colpevolezza della Amministrazione*”.

In altri termini, quelle pronunce, pur affermando (implicitamente o presuntivamente) la colpa della P.A. per avere questa illegittimamente revocato i piani di lottizzazione, non avrebbero precluso al giudice di analizzare la “questione dell’elemento soggettivo” ed emettere un diverso pronunciamento in quanto, da un lato, le sentenze che avevano definito precedenti analoghi riguardavano parti diverse dalla appellante; dall’altro lato, la sentenza n. 890/2007 non aveva *specificamente affrontato la questione delle colpa della Amministrazione* trattandosi di un giudizio di annullamento “per violazione di legge” afferente l’illegittimità della delibera commissariale di revoca, in quanto tale non implicante alcun esame della colpa della P.A. (in altri termini, in quel giudizio, i giudici si erano limitati ad accertare un uso errato delle norme regionali e nazionali in tema di “misure di salvaguardia”, laddove l’amministrazione avrebbe preteso di applicarle anche prima della formale adozione dello strumento urbanistico).

Si trattava pertanto di una questione *non assorbita* nel giudicato, non operando in sede di giurisdizione generale di legittimità la regola secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

Ma spingendosi anche oltre, i Giudici hanno affermato che dalla richiamata sentenza n. 890/2017 non sarebbe neanche stato possibile desumere elementi relativi alla legittimità/illegittimità dei piani di lottizzazione oggetto di contestazione, nella misura in cui affermare la illegittimità di un provvedimento di revoca di un atto amministrativo non implicherebbe affatto affermare automaticamente (o implicitamente) la legittimità dell’atto revocato (ossia della delibera di approvazione del piano di lottizzazione), né tantomeno equivarrebbe ad affermare la colpevolezza del Commissario straordinario che abbia proceduto a revocare la suddetta delibera.

Fatte tali precisazioni, il C.G.A. – nel ripercorrere i fatti di causa – ha ritenuto di non poter configurare elementi di colpevolezza in capo al Commissario, il quale – durante le attività di verifica dell’azione amministrativa compiuta dal Comune ante scioglimento – aveva appreso che l’ordine di discussione dell’adozione del nuovo PRG e dell’approvazione dei piani di lottizzazione era stato appositamente invertito al fine di far precedere l’approvazione di questi ultimi. Pertanto, essendo la condotta del Commissario straordinario volta esclusivamente a ripristinare una situazione di legalità violata, i Giudici hanno ritenuto di poter parlare di una colpa per così dire *lievissima*, in quanto tale giuridicamente irrilevante, consistente nell’aver l’amministrazione erroneamente motivato il provvedimento di revoca: invero, non avrebbe dovuto “giustificare” quel provvedimento sulla base della applicazione delle *misure di salvaguardia*, quanto piuttosto sulla base del *vizio di eccesso di potere*, evidente nell’uso deviato del potere pubblico finalizzato alla tutela di interessi persino illeciti.

Pertanto, secondo i Giudici, pur essendo legittima la decisione giurisdizionale del C.G.A. di annullare il provvedimento di revoca perché viziato, il difetto di motivazione non sarebbe

stato tale da incidere sulla “correttezza” dell’operato della Commissione straordinaria, mossa dalla necessità di ripristinare una situazione di legalità violata. Ripristino di una situazione di legalità idonea, quindi, a depotenziare il vizio di motivazione e, conseguentemente, a svilire il diritto della ricorrente al risarcimento del danno.

4. Dalla dequotazione al depotenziamento della motivazione del provvedimento amministrativo

Alla luce delle conclusioni appena richiamate, appare utile soffermarsi brevemente sul ruolo assunto dalla motivazione del provvedimento, dato che è dato talvolta assistere ad un processo di svuotamento dell’obbligo generalizzato di motivazione, facendosi strada l’idea che “ciò che conta è la decisione, mentre tutto il resto è sacrificabile sull’altare delle istanze efficientiste”. Si parla in tal caso di un processo di “depotenziamento” della motivazione, che si contrappone alla teoria della “dequotazione” dei vizi formali del provvedimento. [16]

Invero, la teoria della dequotazione della motivazione del provvedimento nasceva in epoca storica anteriore alla l. n. 241/1990, quando, in totale assenza di direttive legislative, dottrina e giurisprudenza, mosse da ragioni garantiste, ponevano la propria attenzione sul provvedimento finale piuttosto che sull’intero *iter* procedimentale nel corso del quale era stata esercitata la funzione pubblica. Il depotenziamento della motivazione, invece, esprime un fenomeno di svuotamento del dettato normativo dell’art. 3 della l. n. 241/1990, con importanti ripercussioni sul piano delle garanzie e con il rischio di un ritorno ad un passato di scarsa trasparenza decisionale. [17]

Come noto, l’art. 3, l. n. 241/90, oltre a stabilire l’obbligo generalizzato di motivazione dei provvedimenti amministrativi, ne precisa anche il contenuto prevedendo che la motivazione debba contenere i “presupposti di fatto” e le “ragioni giuridiche” [18] fondanti la decisione dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria procedimentale (comma 2). La norma, pertanto, richiede che vengano indicate le “ragioni sostanziali” che, nella prospettiva del rapporto tra fatto e diritto, sorreggono la scelta dell’amministrazione. Con la conseguenza che, in caso di omissione di tale elemento, è ipotizzabile una violazione dell’art. 3, l. n. 241/1990 per vizio di eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione o dei presupposti.

Ne consegue che la motivazione non costituisce un adempimento di validità solo formale, dato che attraverso di essa emergono “le diverse facce della giustiziabilità, della trasparenza, della democraticità, della efficienza, della economicità etc. nell’esercizio del potere”. [19] Infatti la motivazione del provvedimento assolve molteplici funzioni: quella di rendere più “trasparente” l’attività amministrativa; quella di facilitare l’interpretazione del provvedimento ed il controllo del medesimo sia in sede amministrativa che giurisdizionale; quella di rendere più efficace la tutela del privato avente titolo ad ottenere un corretto esercizio del potere amministrativo.

Prima dell’entrata in vigore della legge n. 241/1990 [20], l’elaborazione dottrinale nel corso del tempo aveva cercato di sopperire alla lacuna normativa principiando da una concezione formale fino ad approdare ad una sostanziale, con conseguenze del tutto diverse in ordine al requisito di sufficienza della medesima. Mentre per la prima teoria poteva ritenersi sufficiente

la motivazione espressa attraverso un'articolata enunciazione idonea ad illustrare compiutamente l'intero iter logico seguito dall'amministrazione, con conseguente inammissibilità di un'integrazione postuma, per la seconda, la sufficienza della motivazione era data dalla presenza di tutto il materiale giustificativo sul quale poggiava la soluzione accolta, con la possibilità anche di integrazione postuma. [21]

Tuttavia, già nella fase originaria di maggiore formalismo [22], dottrina e giurisprudenza avevano ritenuto che la motivazione costituisse un limite alla conoscenza dell'atto da parte del giudice, sostenendosi che “ciò che non fosse in motivazione non fosse nel provvedimento”. Ne derivava che, annullato l'atto per motivazione insufficiente o viziata in una sua parte, l'amministrazione potesse riadottare l'atto con motivazione formalmente sufficiente o corretta, con ciò determinando spesso un sostanziale diniego di giustizia. [23]

Sulla base di queste criticità, prese piede una corrente tesa a ricondurre la tematica della motivazione a caratteri più propriamente sostanziali. Conseguentemente non si richiedeva più che la enunciazione dei motivi corrispondesse alle intenzioni dell'agente, quanto piuttosto che sussistessero effettivamente ragioni sufficienti a legittimare il provvedimento, pervenendosi così ad una dequotazione della motivazione formale. Tuttavia, anche la teoria favorevole alla dequotazione della motivazione formale o enunciativa non mancava di evidenziare le conseguenze negative di tale tendenza nei confronti del privato che, posto in condizione di inferiorità nel rapporto con l'amministrazione, si sarebbe trovato nella difficoltà di accedere ai reali motivi fondanti la decisione. [24]

Del resto, recentemente è stata segnalata un'opera sistematica di “ridimensionamento della motivazione” da parte del giudice amministrativo [25] e tale tendenza sarebbe riscontrabile anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale che se, da un lato, ha affermato che la motivazione del provvedimento amministrativo costituisce “*il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (...) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile*” [26], dall'altro, ha ritenuto necessario coordinare l'art. 3 l. n. 241/1990 con i criteri d'economicità e d'efficacia, sembrando in tal modo ridurre il contenuto dispositivo della norma citata, nella misura in cui ne ammette il bilanciamento. [27]

5. Considerazioni conclusive

La decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa in commento si caratterizza per l'originalità delle conclusioni cui giunge in ordine alla configurabilità della colpa della P.A. in presenza di un provvedimento giuridicamente illegittimo, ma necessario per ripristinare lo stato di legalità violata.

Nel qualificare la responsabilità amministrativa come da fatto illecito, i Giudici si soffermano, in particolare, sull'analisi degli elementi costitutivi la responsabilità extracontrattuale.

Quanto all'elemento del danno, essi evidenziano la sostanziale mancanza di prova fornita a supporto dal danneggiato, stante la inidoneità della documentazione tecnica a provare sia il danno emergente che il lucro cessante, nonché a consentire al giudice di giungere ad una valutazione equitativa. Ed inoltre essi sottolineano la presenza di rilevanti profili di assenza

di diligenza nella condotta del danneggiato, resosi consapevolmente protagonista di una vicenda dalle palesi criticità.

Quanto all'elemento della colpevolezza, il ragionamento del Collegio è piuttosto peculiare, nella misura in cui vengono fatti salvi gli effetti del provvedimento e viene ritenuto giuridicamente irrilevante l'accertato "errore" del Commissario straordinario nel motivare l'atto di revoca, considerando i due aspetti del tutto autonomi ed indipendenti tra loro. In altri termini, il C.G.A. sminuisce il vizio dell'erronea motivazione ai fini della configurabilità della responsabilità in capo alla amministrazione, così depotenziando la rilevanza della motivazione.

In particolare, i Giudici individuano la ragione – in punto di diritto – che ha portato la commissione straordinaria ad annullare i piani di lottizzazione già approvati (da parte di un organo che sarebbe stato a breve ritenuto permeato da infiltrazioni mafiose) non nella dichiarata inapplicabilità delle misure di salvaguardia (applicabili solo a seguito dell'adozione di un p.r.g. che al momento dell'approvazione delle lottizzazioni il p.r.g. non era ancora stato adottato), ma nel rilievo della contraddittorietà complessiva del comportamento del consiglio comunale che, poche settimane prima di adottare il nuovo p.r.g., (di cui allora esisteva già uno schema ben definito), aveva approvato una serie di strumenti urbanistici attuativi del precedente p.r.g., che di fatto vanificavano le nuove adottande prescrizioni urbanistiche, dato che la zona di territorio interessata sarebbe diventata inedificabile. Comportamento che, pur astrattamente idoneo ad essere valutato in termini di eccesso di potere, non ha impedito ai Giudici di rinvenire nelle determinazioni adottate un fondamento, "quanto meno logico", rispetto al contesto ordinamentale nel quale si inserivano, tale da escludere che le stesse siano state adottate con imperizia o superficialità, *e quindi che, in ultima analisi, il comportamento di chi le ha adottate integri gli estremi della colpa.*

Una colpa giuridicamente rilevante, pertanto, viene esclusa in quanto - pur ritenendo legittimo l'annullamento dell'atto di revoca per i motivi evidenziati - si considera "giustificabile" l'operato della Commissione Straordinaria in quanto volta a ripristinare lo stato di legalità violata.

In tal modo, il difetto di una congrua motivazione perde quota e la razionalità del diritto cede il passo a superiori esigenze di legalità, sembrando accedere quasi ad una "motivazione" basata sui soli presupposti di fatto, ossia sulla realtà fattuale caratterizzata dalla sovversione delle regole giuridiche.

È come se le ragioni pratiche di un particolare modo di intendere il principio di buon andamento e il principio di efficienza (anche della giustizia) avessero la meglio sulle molteplici istanze alla base dell'obbligo di motivazione, prima tra tutte la funzione di garanzia e di trasparenza. [28]

La sentenza in commento impone pertanto, una riflessione, venendosi a delineare la figura di un giudice che si sostituisce alla pubblica amministrazione, che fornisce egli stesso la motivazione del provvedimento, in tal modo sovvertendo il principio di legalità in vista di ragioni di "giustizia sociale".

Il depotenziamento della motivazione finisce così con il tradursi in un ampliamento dei poteri del giudice di sindacare l'azione amministrativa; un giudice che afferma sempre più la propria

intenzione di non dare spazio a censure “che appaiano ininfluenti sia rispetto al risultato sostanziale che si intende raggiungere, sia rispetto alla messa in discussione del risultato che si vuole eliminare”. [28]

[1] La letteratura a commento della sentenza n. 500/1999 è vastissima. Tra i tanti si ricordano gli scritti di: F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, fasc. 1; F. G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 6 ss. secondo il quale la sentenza n. 500 del 1999 finisce in realtà per negare ciò che afferma, ovvero la risarcibilità dell'interesse legittimo, in quanto ammettere il risarcimento del danno solo quando la violazione della regola di condotta comporta il pregiudizio al c.d. bene della vita, significa considerare risarcibile non l'interesse legittimo in sé, bensì il diritto estinto dal provvedimento negativo, ed eventualmente riemerso dopo l'annullamento o la aspettativa del cittadino preesistente al provvedimento di diniego; F. G. Scoca, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, Torino, 2017, 301; G. Soricelli, *Appunti su una svolta epocale in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria*, in *Il Foro Amm.*, 2000, fasc. 2, I; E. Vincenti, *La sentenza n.500/99 fra vecchie e nuove categorie nella materia risarcitoria*, pubblicato il 23 dicembre del 2019, rispetto alla relazione svolta al Convegno organizzato dall'Ufficio studi e massimario della Giustizia amministrativa “A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno”, tenutosi a Roma, 16 dicembre 2019. Da ultimo, sul punto cfr. F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in questa rivista.

[2] In particolare, nelle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142) e in materia edilizia, per il danno da ritardato rilascio del titolo a costruire (art. 4 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 398, convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 493, come successivamente modificato).

[3] Cfr. Corte costituzionale, ordinanza n.165 del 1998, e più in generale, l'art. 35, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, con il quale è stata introdotta la regola per cui, nelle materie dell'urbanistica, dell'edilizia e dei servizi pubblici - in cui ha giurisdizione esclusiva- il giudice amministrativo “dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto”. L'articolo 7, comma 4, della legge n. 205 del 2000 ha poi previsto la risarcibilità del danno in ogni caso di lesione arrecata all'interesse legittimo.

[4] Corte costituzionale, 26 luglio 2004, n. 204; Corte costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191.

[5] Cfr. Corte di Cassazione, 12 luglio 2016, n. 14188, secondo la quale la responsabilità precontrattuale della P.A. non avrebbe natura extracontrattuale ma dovrebbe correttamente inquadrarsi nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c.; Cons. St., Sez. VI, 633/2013, secondo il quale la responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza.

[6] Già Cassazione, SS.UU. 22 luglio 1999, n. 500.

[7] Sul punto, cfr. M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, in questa rivista.

[8] Già Cass., Sez. Un., 22 maggio 1984, n. 5361: “la colpa della P.A. sussiste in *re ipsa* nella stessa illegittimità processualmente accertata dell'atto amministrativo, essendo già di per sé ravvisabile con l'adozione (necessariamente volontaria) del provvedimento illegittimo e con la sua esecuzione, indipendentemente dalla natura del vizio che invalida il provvedimento”.

[9] Il danno emergente consiste in un decremento patrimoniale avvenuto; il lucro cessante invece esprime un possibile (*rectius*: probabile) incremento patrimoniale, assumendo pertanto natura ipotetica richiedente un giudizio di verosimiglianza (*rectius*: di probabilità): occorre stabilire se, in assenza del fatto ingiusto altrui, il guadagno futuro e solo ipoteticamente prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità.

[10] Diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui, la valutazione sull'ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale.

[11] Cfr. Ad Plenaria n. 7/2021.

[12] Secondo la recente giurisprudenza in tema di danno da ritardo, il bene "tempo" è risarcibile solo se e nella misura in cui tale lesione abbia determinato un "danno ingiusto". Cfr. Cons. Stato, II, 21 dicembre 2020, n. 8199, 25 maggio 2020, n. 3318; III, 2 novembre 2020, n. 6755; IV, 8 marzo 2021, nn. 1921 e 1923, 1 dicembre 2020, n. 7622, 20 ottobre 2020, n. 6351, 22 luglio 2020, n. 4669; V, 2 aprile 2020, n. 2210; VI, 15 febbraio 2021, n. 1354, 26 marzo 2020, n. 2121.

[13] L'art. 1227, comma 2, cod. civ. rileva nella determinazione del danno, in combinato disposto con l'art. 1223 c.c. che costituisce uno dei criteri in base al quale "selezionare" le conseguenze risarcibili, dopo che si sia positivamente accertata la ingiusta lesione di un interesse giuridico meritevole di tutela in termini di conseguenza immediata e diretta della condotta (l'Ad. Pl. n. 7/2021 evidenzia la differenza con la responsabilità contrattuale, nella quale il requisito dell'ingiustizia risulta conseguenza *in re ipsa* dell'inadempimento, mentre costituisce co-elemento di struttura dell'illecito nella responsabilità aquiliana).

[14] In termini Ad. Pl. n. 7/2021. Peraltro in linea con le recenti acquisizioni legislative e giurisprudenziali in tema di accesso generalizzato ai documenti e alle informazioni detenute dalla p.a. Il riferimento, in particolare, è alla Ad. Pl. n. 10/2020 che, proprio in virtù dell'evoluzione del pensiero sui rapporti tra p.a. e privato e sulla base di una interpretazione estensiva dell'art. 5-bis, d. lgs. 50/2016, ammette l'operatività dell'accesso civico generalizzato anche nella materia degli appalti.

[15] Anche se nelle altre controversie costituenti precedenti analoghi in quanto scaturenti dalla medesima delibera commissariale n. 268/1999, le decisioni del Consiglio di Giustizia Amministrativa si fondavano sulla base della consulenza tecnica di ufficio che convertiva il risarcimento del danno in danno da ritardo.

[16] Sull'importanza della motivazione del provvedimento amministrativo e per una lettura critica delle recenti tendenze nel senso della dequotazione dell'istituto, cfr M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2017, 894 ss.

[17] Cfr. F. Cammeo, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, cit. secondo il quale l'obbligo di motivazione "Importerebbe difficoltà, impacci, lentezze insormontabili, le quali sarebbero ben più disastrose per il pubblico, per l'inconveniente di qualche provvedimento non motivato".

[18] G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, Giuffrè, 2001, 774 ss. ritiene le ragioni giuridiche sono quelle che "il diritto richiede di, o autorizza a, porre a fondamento della decisione amministrativa"; G. Bergonzini, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Dir. amm.*, 2000, 187; T. Tessaro, *Profili evolutivi (o involutivi?) nella tematica della motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1996, 357, ritiene che esse consistano nella "sintetica enunciazione delle norme che contemplano il potere stesso"; A. Romano Tassone, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, 1600, afferma, invece, che le ragioni giuridiche consistono "nell'indicazione delle norme che la p.a. procedente ritiene applicabili al caso e comprendono anche l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale delle norme applicate di specie, e quindi nella qualificazione giuridica che, per il loro tramite, si dà al fatto, c.d. ragioni giuridiche in senso stretto".

[19] A. Andreani, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1/1993, 19.

[20] Il principio dell'obbligo di motivazione non è mai stato costituzionalizzato con riguardo ai provvedimenti amministrativi (a differenza di quanto sancito dall'art. 111, co. 1 della Costituzione per le sentenze), né - prima della legge n. 241/1990 - è mai esistita nel nostro ordinamento, una prescrizione legislativa di carattere generale che imponesse per questi tale obbligo.

[21] Cfr. M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, 267; L. Cimellaro, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, in *Dir. amm.*, fasc.3, 1995, 441, la quale evidenzia che: "Mentre dunque la tendenza formalistica aveva identificato la motivazione in un discorso, ossia in un complesso organico di segni linguistici dotato di un significato proprio, le dottrine di ispirazione sostanzialista dimostravano l'intento di svalutare l'elemento discorsivo per porre l'accento sul valore di un materiale motivante di carattere eterogeneo, potendo essere costituito da discorsi, fatti, norme e quant'altro potesse dar ragione della decisione assunta, in sede di sindacato giurisdizionale".

[22] Cfr. F. Cammeo, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 1908, III, 253 ss. dove i motivi dell'atto vengono considerati risultato dell'intuito dei buoni funzionari. La concezione formale concepiva la motivazione come tratto

8 luglio 2021

discorsivo volto ad enunciare i motivi che determinano l'agente, intesi come le immediate fonti psicologico-subiettive della volontà provvedimentale. In base a tale concezione dell'attività amministrativa, si distingueva – nell'ambito dei fattori determinanti la volontà dell'autorità agente – tra i presupposti e i motivi: gli uni, elementi immanenti alla natura dell'atto e da esso inseparabili «tanto che il tipo giuridico a cui l'atto corrisponde non si potrebbe concepire senza la presupposizione loro»; i secondi, moventi soggettivi del provvedimento.

[23] L. Cimellaro, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, cit.

[24] M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, 265.

[25] M. Del Donno, *Riflessioni sulla «motivazione in diritto» del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.3, 2013, 629.

[26] Corte cost., 26 maggio 2015, n. 92. L'espressione era già stata impiegata da Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2004, n. 2247.

[27] Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175. Cfr. M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, cit.

[28] M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, cit.

[29] L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1702 – 29 aprile 2021

La discrezionalità amministrativa nel reato di abuso d'ufficio (note su Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442)

di Andrea Crismani

Sommario: 1. Il rischio dell'esposizione alla responsabilità penale. - 2. Le riforme. - 3. La nuova formulazione dell'art. 323 c.p.. - 4. La Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442. - 5. Che cosa vuole colpire la norma?

1. Il rischio dell'esposizione alla responsabilità penale

Il reato di abuso di ufficio rappresenta terreno di scontro che nel corso dei decenni ha creato alcune tensioni tra il legislatore e la giustizia penale. Vi è un'oggettiva difficoltà nell'individuare l'esatta articolazione del profilo strutturale di questo tipo di reato considerato "a maglie larghe".

L'analisi richiede un approccio per certi versi interdisciplinare, poiché vi è una non definita tensione tra ciò che può considerarsi disvalore penale e ciò che rientra nell'illecito amministrativo^[1]. Tuttavia, in certi casi l'approccio interdisciplinare non ha giovato e ha portato a soluzioni diametralmente opposte rispetto a quelle che il legislatore dell'art. 323 c.p. ha voluto attuare nelle quattro riforme che si sono susseguite.

Ciò che si coglie dalla lettura di alcune posizioni è la tendenza di identificare l'abuso con il semplice eccesso di potere e con alcune delle sue figure sintomatiche. Sul punto sembra che vi sia una scarsa convergenza che rischia di portare verso una "*contrapposizione di paradigmi operativi differenti nel medesimo contesto d'azione*". Su quest'aspetto, la dottrina amministrativistica

nota come rispetto alle linee evolutive del diritto amministrativo il diritto penale si presenta “*estraneo, indifferente, distante: il diritto penale sembra semplicemente muoversi su un piano diverso. Le due dinamiche non si incrociano. E in questo contesto il giudice penale rischia oggettivamente di essere un ruolo di sbarramento, o quantomeno di ostacolo, sulla via della riforma amministrativa*”[2].

Sul fronte legislativo invece accade che ciclicamente il legislatore di fronte all'eccessiva apertura della giurisprudenza penale interviene con riforme c.d. difensive e cerca di restringere l'area della punibilità.

L'eccessiva area di punibilità o di mero sospetto di punibilità ha comportato in capo ai funzionari pubblici la paura della firma fino ad arrivare alla creazione di una figura di amministrazione distorta che, da attiva, ha assunto la connotazione di amministrazione difensiva. Questo fenomeno ha comportato in capo al pubblico amministratore una posizione di immobilismo dovuto all'eccessiva, e per certe volte giustificata, prudenza[3].

Una simile disputa si è posta anche sul versante del danno erariale avanti alla Corte dei conti. Sono note le limitazioni della responsabilità alla sola colpa grave, l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali (cfr. art. 1, l. n. 20/1994), la limitazione dei danni all'immagine con il “lodo Bernardo”: tutti aspetti che avevano suscitato la reazione della giurisprudenza contabile che ha cercato di ridefinire il concetto di gravità nella colpa e, con riferimento al danno all'immagine, ha cercato di elaborare una nuova figura di danno alla reputazione. La stessa norma che ha rivisto l'abuso d'ufficio ha ora circoscritto la responsabilità erariale “oltre la colpa” attestandosi (in certi casi e per un periodo) sul solo dolo (cfr. art. 21 commi 1 e 2, d.l. 76/2020 conv. in l. n. 120/2020).

Il timore della responsabilità erariale, penale o disciplinare indubbiamente può fungere da freno nell'azione del dipendente o del funzionario. Ciò non significa però che chi rifugge ha la coscienza sporca ma spesso ha timore o paura di decidere. Va anche considerato l'importante numero di procedimenti avviati per abuso d'ufficio in un contesto interpretativo della norma tale da arrivare ad utilizzare l'espressione “abuso dell'abuso d'ufficio”. In effetti, va notato che il numero dei procedimenti avviati per questo tipo di reato e quelli conclusi con una condanna, evidenziano un divario che è stato definito apparentemente paradossale ed è stato contabilizzato all'incirca da uno a cento[4]. Statisticamente la percentuale dei procedimenti che si chiudono con una condanna è esigua. È da dire che la “paura della firma” non discende tanto (solo) dal fatto di essere condannati, ma deriva dal rischio di subire il discredito sociale connesso alla semplice possibilità di essere sottoposti ad indagini, a perquisizioni, a sequestri, a interrogatori e all'ancora più temuto clamore mediatico e istituzionale. A questo si aggiunge il fattore tempo: l'ulteriore timore è dato dalla eccessiva durata dei processi e dalle conseguenze che ne derivano deriverebbero sulla carriera durante la pendenza del procedimento, potendo la durata rappresentare un valido strumento di eliminazione del pubblico amministratore o del politico rispettivamente dall'arena burocratica o politica[5].

2. Le riforme

Le riforme che si sono succedute nel corso dei decenni sono state essenzialmente improntate a porre un argine all'asserita “ingerenza” della magistratura penale nell'attività del pubblico

amministratore che agisce nell'ambito dei poteri discrezionali. Tuttavia i vari tentativi sono falliti in quanto se dopo un primo arresto in cui si prendeva atto delle modifiche normative sul sindacato giudiziale ben presto si assistette a una inversione di rotta che in sostanza e per molti versi riportava la figura alle originarie previsioni. Le ragioni possono essere molteplici (o nessuna): qualche sintomo si rinviene nell'inadeguata tecnica normativa, nello sbilanciamento dovuto alla rivisitazione e abrogazione di altre fattispecie delittuose che hanno ribaltato le aspettative sull'abuso d'ufficio, nello scontro e nella resistenza ideologica alle trasfigurazioni dell'istituto, nella personalizzazione della fattispecie, nell'eccessiva confusione tra illegittimità amministrativa e illiceità penale, tanto da poter dire che nulla è cambiato.

Il volto dell'articolo 323 c.p. è stato rimodellato per ben quattro volte ed è passato da clausola di riserva assolutamente indeterminata secondo il testo nella versione del codice Rocco che poteva essere applicato soltanto in difetto di una qualsiasi altra norma incriminatrice, poiché questa fattispecie criminosa era inserita tra il peculato per distrazione (art. 314 c.p.) e l'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.). In tale contesto l'art. 323 c.p. ebbe una vita abbastanza equilibrata salvo alcune posizioni della giurisprudenza sui casi più eclatanti come lo "scandalo delle banane" degli anni Sessanta del precedente secolo[6].

Già nella versione iniziale dell'articolo 323 c.p. si poneva la questione dei confini tra giurisdizione penale e attività amministrativa che essenzialmente si identificavano, forse in modo non del tutto corretto, nella cognizione del giudice penale dell'atto amministrativo attraverso lo strumento della disapplicazione di cui all'art. 5 l. n. 2248/1865. Si poneva, infatti, il problema che poi si trascina fino ai giorni odierni, del rapporto tra l'illegittimità amministrativa e illiceità penale creando delle prospettive sostanzialmente illusorie.

Vi fu una prima riforma del 1990 (l. n. 89/1990) che aveva rivisto l'assetto originario soprattutto in funzione della riforma del reato di peculato e dall'abrogazione dell'interesse privato in atti d'ufficio. Se inizialmente l'art. 323 c.p. rappresentava un'ipotesi residuale di due fattispecie criminose ben definite in un successivo momento quest'articolo assunse una funzione diversa per così dire volta a colmare il vuoto che si era creato a seguito dell'abrogazione e modifica delle citate figure delittuose. La riforma del 1990 stravolse completamente la norma trasformando l'abuso di ufficio in una figura ampia, idonea a inglobare un numero indeterminato di condotte. Si ritiene, infatti, che in qualche modo fossero inglobate quelle fattispecie che prima rientravano nella figura criminosa del peculato per distrazione, della malversazione a danno di privati e che con la riforma del 1990 furono inserite nell'articolo 323 c.p..

Nel 1997 con l. n. 234/1997 vi fu un'altra rivisitazione improntata essenzialmente a prevenire le forzature giurisprudenziali che avevano portato "ad abbassare i confini"[7]. La versione del 1997 risultava caratterizzata dalla necessaria violazione di legge o di regolamento, oppure dell'inosservanza di un obbligo di astensione e dalla illiceità intrinseca del danno o del vantaggio patrimoniale[8]. L'intento legislativo presupponeva che vi fosse una norma imperativa di natura legislativa o regolamentare diretta al pubblico funzionario e riferita specificatamente al tipo di attività svolta in concreto. Da qui però la riscrittura da parte della giurisprudenza penale che aveva (giustamente) notato come le distorsioni più gravi si potessero compiere proprio nell'ambito dell'attività discrezionale. In tale contesto venne riconsiderata la nozione di violazione di legge ricomprendendo nel suo alveo anche le norme di principio e conseguentemente anche la fattispecie dell'eccesso di potere che nel diritto

amministrativo ha subito un'importante rivisitazione passando dalla identificazione nelle figure sintomatiche alla violazione di principi generali di norme a largo spettro.

L'eccesso di potere emerge non più come vizio a cognizione indiretta, ossia la cui conoscenza si può raggiungere soltanto attraverso sintomi, ma viceversa attraverso un tipo di cognizione analoga alla violazione di legge^[9]. In tal modo diversamente dal dato letterale voluto dal legislatore, sintomatica sul punto fu la giurisprudenza penale^[10] secondo la quale *“ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poichè lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione”*.

In effetti, il punto di scontro stava proprio nel fatto che l'intento del legislatore del 1997, come emerge dai lavori preparatori, è dato dall'esclusione dell'eccesso di potere dall'ambito di rilevanza dell'abuso d'ufficio e alla definizione della condotta tipica circoscritta alla violazione di legge o di regolamento. La reazione della giurisprudenza fu di segno diverso, come appena notato. Non di meno nel diritto amministrativo la differenza tra eccesso di potere e violazione di legge deriva, per la violazione di legge, dall'inosservanza di regole scritte e puntuali, mentre l'eccesso di potere presuppone che la disciplina violata si ricavi dai principi i quali anche se scritti in testi legislativi vanno resi regole concrete e specifiche mediante l'opera del giudice (amministrativo)^[11].

Nel campo penale la violazione di legge fu letta come violazione della legalità amministrativa e nonostante lo sforzo di tipizzazione e di selezione dei fatti punibili, la fattispecie riformata nel 1997 ha continuato a riproporre le stesse problematiche iniziali della fattispecie di abuso del codice Rocco e della susseguente modifica del 1990^[12].

3. La nuova formulazione dell'art. 323 c.p.

Con la riforma del 2020 operata con decreto legge (d.l. 76/2020 conv. in l. n. 120/2020) si è voluto ridurre l'ambito di applicabilità dell'abuso intervenendo sulle parole “di norme di legge o di regolamento” che sono state sostituite dalle parole “di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge ed alle quali non residuano margini di discrezionalità”.

Si ricavano due parti innovative del testo.

La prima parte ci dice che non basta una violazione di norme di legge o di regolamenti ma deve trattarsi di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da altro atto avente forza di legge, esplicitando l'idea che debbono assumere rilevanza alle sole norme precettive.

La seconda parte esclude ogni rilevanza ai fini di integrazione del reato al vizio di eccesso di potere, prevedendo che dalla norma violata non debbano rimanere margini di discrezionalità in capo al soggetto agente.

Dalla nuova formulazione normativa ne emerge un ambito applicativo ristretto rispetto a quello definito con la precedente versione. Qui, in effetti, si apre il dibattito sulla portata della norma sul riformato reato di abuso d'ufficio, in quanto a prima vista parrebbe che si è siavoluto eliminare dal panorama dell'illecito penale l'uso distorto dei poteri discrezionali del funzionario pubblico verso fini privati^[13].

Le reazioni della dottrina sono state di vario tipo tanto che il legislatore è stato definito "schizofrenico"^[14], "frettoloso e maldestro"^[15] e la nuova variante è considerata un esempio di "assurdità legislativa"^[16] avendo il legislatore "ribattuto lo stesso chiodo impiantato nel 1997" prevedendo le specificazioni che potrebbero dar luogo un "reato legislativamente impossibile"^[17] o a una "incriminazione fantasma"^[18]. Altra dottrina ravvisa invece la soluzione della soppressione della norma e la sua sostituzione con delle fattispecie più determinate e precise^[19]. Questa soluzione era già stata proposta della commissione Morbidelli la quale prevedeva tre diverse fattispecie incriminatrici che descrivevano tipiche forme di condotta di abuso. In tal modo si cercava di dare i caratteri di determinatezza a un reato che, come abbiamo visto, si presta a rischi di lettura troppo espansive. La proposta che poi non ha avuto seguito a ridosso delle precedenti riforme aveva l'obiettivo di svincolare la condotta dalla rilevanza penale dell'illegittimità dell'atto amministrativo e quindi dell'eccesso di potere nella forma dello sviamento prevedendo tre figure: la prevaricazione la cui caratteristica è la non venalità, il favoritismo affaristico e, infine, lo sfruttamento privato dell'ufficio secondo la falsariga dell'infedeltà patrimoniale dell'art. 2634 c.c. previsto per i reati societari.

Aldilà di queste reazioni è comunque da notare che la giurisprudenza ha già da tempo avvertito la necessità di circoscrivere l'ambito delle norme di legge rendendosi conto della necessità di garantire la determinatezza della fattispecie penale. In tal senso è stato previsto che non deve trattarsi di norme generalissime o di principio, nemmeno di norme strumentali alla sola regolarità del servizio pubblico e nemmeno norme veramente procedurali salvo che siano specificatamente puntualmente finalizzate a disciplinare la condotta dell'agente^[20].

In sintesi nel panorama giurisprudenziale e dottrinale si possono ravvisare tre posizioni.

Una prima posizione esclude che l'eccesso di potere, in qualsiasi sua forma, debba rilevare ai fini della configurabilità del reato.

La tesi opposta attribuisce rilevanza penale dell'eccesso di potere *tout court* (sia intrinseco che estrinseco): l'esercizio arbitrario del potere discrezionale, pur in assenza di una violazione formale, deve poter essere comunque sindacabile.

Vi è ovviamente la posizione intermedia che limita la rilevanza penale ai casi di eccesso (o sviamento) di potere c.d. estrinseco, ritenendo che possano assumere rilievo penale solo i casi in cui l'esercizio del potere discrezionale conduca al soddisfacimento di un interesse del tutto estraneo al modello giustificativo del potere stesso.

Sul punto dei limiti esterni e interni alla discrezionalità amministrativa si è aperto un dibattito che parte dai limiti interni ed esterni elaborati dalla giurisprudenza che si riferiva essenzialmente alla giurisdizione per poi riprendere i limiti elaborati da Giannini^[21] e rivisti da altri Studiosi. Il tema è complesso ed è difficile fornire un criterio distintivo tra i due tipi

di limiti. Va però considerato l'assunto che l'eccesso di potere non è solo (e tanto) una figura composita (come usualmente era considerata) ma *“contiene in sé ipotesi di violazioni a cognizione null'affatto sintomatica che avrebbero da tempo aver trovato uno spazio autonomo e una collocazione diversa nella sistemazione dei vizi provvedi mentali”*[22].

L'esempio più significativo è dato dallo sviamento di potere. Lo sviamento di potere *“implica, infatti, la valutazione dei vincoli funzionali imposti all'amministrazione: si tratta di stabilire se lo scopo concretamente perseguito con il provvedimento è quello voluto dalla legge o uno scopo diverso”*. Inoltre, esso *“involge un'operazione valutativa delicatissima che può arrivare sino all'accertamento delle intenzioni effettive dell'amministrazione o dei suoi agenti (...)”*[23].

La giurisprudenza penale intende lo sviamento del potere in modo leggermente diverso ovvero come una sorta di strumentalizzazione dell'ufficio per fini personali ovvero per fini egoistici e quindi uno sfruttamento che porta a fuoriuscire dalle finalità pubbliche per le quali quel potere è stato attribuito[24].

4. La Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442

A tracciare una prima linea interpretativa vi sono le prime sentenze della Cassazione intervenute su fatti anteriori la riforma e hanno attestato la retroattività della riforma intervenendo con la formula *“perché il fatto non costituisce più reato”*[25].

Significativa è la sentenza della Cassazione n. 442/2021 che interviene sul nuovo art. 323 c.p. e che identifica *“la ragion d'essere della figura di reato delineata da una norma di chiusura, come l'art. 323 c.p. (...) nell'obiettivo di tutelare i valori fondanti dell'azione della Pubblica Amministrazione, che l'art. 97 Cost. indica nel buon andamento e nella imparzialità”*.

La Cassazione ci fornisce alcune indicazioni iniziali su ciò che completa la nuova fattispecie incriminatrice. Si legge che: *“La nuova disposizione normativa ha dunque un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità della condotta punibile, sottraendo al giudice penale tanto l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione “mediata” di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero “cattivo uso” - la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio - della discrezionalità amministrativa”*.

Essa ha, infatti, ritenuto di non confermare la responsabilità dell'imputato perché, alla luce della riforma, risulta assente nella sua condotta alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge e dalle quali non presidiano margini di discrezionalità. In tal modo essa afferma che può assumere rilievo solo la violazione di norme primarie di legge o assimilate.

L'altro aspetto importante è la *“specificità della violazione”*, infatti, la sentenza prevede che assumono rilievo norme di condotta *“specificatamente disegnate in termini completi e puntuali”*[26]. E pertanto *“di qui il lineare corollario della limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito - effettuata all'esito di*

una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto”.

Per quanto riguarda i profili di discrezionalità la Cassazione esclude dall'ambito del penalmente rilevante le condotte alla cui base vi è l'esercizio di un potere discrezionale che sottende la possibilità di una scelta di merito, effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi in gioco, pubblici e privati.

Tuttavia, e questo è l'aspetto importante, la Corte precisa che l'irrilevanza penale dell'esercizio di un potere discrezionale trova un limite quando tale esercizio non trasmoda *“in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici - c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità - laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzzi nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi”.*

Su questo la Cassazione ulteriormente specifica facendo una distinzione tra limiti esterni e limiti interni della discrezionalità amministrativa prevedendo la persistenza del rilievo penale del provvedimento che viola i limiti esterni della discrezionalità. Questo è l'aspetto che in qualche modo salva il significato della norma e non genera com'è stato definito dalla dottrina un reato impossibile. La sentenza indica uno spazio di operatività e fornisce una (prima) soluzione di applicabilità intertemporale evidenziando come *“in linea di principio, non può seriamente dubitarsi che si realizzi una parziale abolitio criminis in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, che non siano più riconducibili alla nuova versione dell'art. 323 c.p., siccome realizzati mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità. Con il lineare corollario per cui all'abolizione del reato, ai sensi dell'art. 2 c.p., comma 2, consegue nei processi in corso il proscioglimento dell'imputato, con la formula perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”*^[27].

5. Che cosa vuole colpire la norma?

La nuova formulazione della norma ridimensiona molto lo spazio che aveva assunto questo reato che, essendo caratterizzato da condotta indeterminata o fluida, si prestava a facili ampliamenti (anche prima, forse, non consentiti dalla formulazione *ex ante* vigente).

In sostanza, cosa vuole colpire la norma?

Tutti quei comportamenti - ben individuati e predeterminati dalla legge, in situazioni in cui non vi è un potere di scelta tra varie opzioni tutte “possibili” (uso questo termine, senza addentrarmi tra opzioni legittime, ma magari inopportune, o opportune, ancorchè non del tutto legittime, perchè questo presuppone un ulteriore approfondimento concettuale), quindi in cui l'attività è vincolata, laddove l'agente usi il potere che la legge gli ha attribuito per un fine diverso da quello indicato dalla norma stessa, quindi nelle ipotesi classiche di sviamento, cioè di volontà (che nello sviamento, non va dimenticato, è volontà procedimentale, non psicologica, con tutte le conseguenze del caso) deviata dal suo fine predeterminato.

Riguardo alle due parti innovative della riforma: a) il comportamento e la sua fonte e b) la discrezionalità, si nota quanto segue.

Analizzando il testo dell'art. 323 c.p. e mettendo a confronto due passaggi: le “specifiche regole di condotta” e l’”espressamente previste dalla legge”, va fatta una notazione sulla fonte della violazione comportamentale. Com'è noto spesso la legge non contiene “specifiche regole” e ciò accade per ragioni di delegificazione o perché è “fisiologico” che sia la fonte subprimaria a disciplinare nel dettaglio[28]. Si immagina i concorsi universitari e il rinvio della legge ai regolamenti dei singoli atenei oppure all'ambito ambientale o urbanistico che rinvia ai regolamenti o agli atti amministrativi generali.

La soluzione alla questione dell'estensione agli atti subprimari molto dipenderà dalle posizioni giurisprudenziali: infatti, in questo periodo intertemporale è interessante leggere i provvedimenti di archiviazione e le sentenze di merito. Se si va oltre il dato letterale e si qualificano gli atti secondari come presupposti della legge, è plausibile anche sostenere che si viola la legge violando l'atto secondario. Tesi potenzialmente sostenibile nelle ipotesi di delegificazione poiché la legge attribuisce il valore normativo all'atto secondario.

Per quanto riguarda la questione della discrezionalità, dalla lettura della norma la conseguenza parrebbe ovvia: dove c'è discrezionalità (cioè potere di scelta), la rilevanza penale perciò sola verrebbe meno. Tuttavia, anche se ci sono una molteplicità di scelte (cioè quando l'agente si trova in un'ipotesi classica di discrezionalità amministrativa), la volontà dell'agente può essere deviata da interessi non tutelati da quella specifica norma. Di conseguenza, non penso rilevi tanto il fatto che l'attività sia o meno discrezionale, vincolata o predeterminata dalla norma, ma piuttosto che lo sia la finalità per cui il potere è dato: si prenda a mente l'espropriazione per pubblica utilità. Nell'espropriazione il vincolo normativo che farebbe assurgere l'atto o l'attività a fattispecie penalmente rilevante non è la vincolatezza o l'assenza della discrezionalità, ma solo del fine cui è rivolta l'attività; e nell'espropriazione il fine è dato dal fatto che non ci deve essere interferenza di interessi privati.

La Cassazione ha fatto un ragionamento pienamente condivisibile in astratto in tutti gli elementi di come la norma penale è ora strutturata a seguito della riforma e sembra portare in quella direzione[29].

In concreto però non è (sempre) così, bisogna guardare com'è strutturata la specifica norma attributiva del potere. Se la norma non stabilisce un fine specifico allora in questo caso nulla si può dire in quanto vi è discrezionalità. Se la norma stabilisce un fine specifico predeterminato e non è osservato, in quel caso occorre la fattispecie dell'abuso anche con un atto discrezionale[30].

[1] È stata espressa “l'esigenza di convergere su un linguaggio condiviso fra i due settori del diritto, che scongiuri la contrapposizione di paradigmi operativi differenti nel medesimo contesto d'azione, che rendono obiettivamente difficile l'esercizio della funzione o l'espletamento del servizio”, sul punto l'analisi di A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, in *Sistema penale*, 1° marzo 2021. Sul tema si v. P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o di regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2121..

[2] L. VANDELLI, *Riforma amministrativa e esigenza di rimodulare il ruolo del giudice penale*, in D. SORACE, Domenico, *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, pp. 513 ss; G. COMPORTI e E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, pp. 129-187; C. CUDIA, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel rito di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2017, pp. 683-722.

[3] M.A. SANDULLI, *Introduzione*, in *Abuso d'ufficio e responsabilità amministrativa: il difficile equilibrio tra legalità ed efficienza*, 13 luglio 2020, Webinar in <https://www.youtube.com/watch?v=1IgaLDRdCU8> e <https://lamministrativista.it/articoli/news/webinar-abuso-d-ufficio-e-responsabilit-amministrativa-il-difficile-equilibrio-tra>.

[4] Nel 2017 a fronte di oltre 6.500 cause, l'Istat ne ha contate 57 - e arrivano a distanza di anni, cfr. <https://www.telemat.it/rischio-abuso-dufficio-6-500-inchieste-lanno-ma-solo-57-condanne/> e http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DCCV_CONDCRIMI, v. G.L. GATTA, *Da 'spazzza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema Penale*, 17 luglio 2020, p. 5; V. MAGLIONE, *Il nuovo abuso d'ufficio non taglia i fascicoli a carico dei funzionari ma rischia di complicare le indagini*, in *Giustizia penale e riforme*, Il Sole 24 Ore, 28 luglio 2020

[5] Sul concetto di abuso A. R. CASTALDO, *L'abuso penalmente rilevante nel mercato economico finanziario e nella pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2018, 89 ss.; M. NADDEO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina e rischio socialmente adeguato*, in *L'Indice Penale*, n. 2-2013, 421.

[6] T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale*, 2020, n. 7-8.

[7] M. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2018, p.31 ss.

[8] G. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, in *Questione giustizia*, 1996, p. 319.

[9] M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 289.

[10] Cass. Pen. SS.UU., 29 settembre 2011, n. 155, in Cass. Pen., 2012, p. 2140.

[11] G. CORSO, *Validità*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, p. 85.

[12] S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: Una questione ancora aperta*, in *penale diritto e procedura*

[13] A. D'AVIRRO, *Focus*, in *il Penalista*, I.d., *Lo sviamento di potere nel nuovo reato di abuso d'ufficio: un ritorno al passato*, ivi.

[14] *Ibidem*

[15] A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, *cit.*

[16] T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, *cit.*

[17] G. GATTA, *“Da ‘spazzza-corrotti’ a ‘basta paura’: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo ‘salvo intese’ (e la riserva di legge?)”*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2020.

[18] A. NATALINI, *Il nuovo abuso d'ufficio il rischio è una incriminazione fantasma*, in *Guida al diritto*, 24 ottobre 2020, 42, p. 76.

[19] S. CASSESE, *Intervista*, in *Il Messaggero*, 20 febbraio 2021.

[20] R. GRECO, *Abuso d'ufficio: per un approccio ‘eclettico’*, in *Questa Rivista*.

[21] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi (1939)*, in *Scritti*, 1, Milano, 2000, pp.51-56

[22] M. D'Orsogna, cit., p. 289.

[23] Ibidem.

[24] G. FIDELBO, *Intervento in Abuso d'ufficio e responsabilità amministrativa: il difficile equilibrio tra legalità ed efficienza*, 13 luglio 2020 Webinar in <https://www.youtube.com/watch?v=1IgaLDRdCU8> e <https://lamministrativista.it/articoli/news/webinar-abuso-d-ufficio-e-responsabilit-amministrativa-il-difficile-equilibrio-tra>.

[25] Cass. 25 agosto – 17 novembre 2020, n. 32174, si v. commento di G. AMATO, *Una prima pronuncia che chiarisce la portata della limitazione introdotta*, in *Guida al diritto*, 5 dicembre 2020, 48, p. 87 ss.

[26] La Cassazione sostiene che il nuovo art. 323 c.p. ha un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità della condotta punibile: sottrae al giudice penale tanto l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario, quanto il sindacato del mero "cattivo uso", cioè la violazione dei limiti interni nelle modalità d'esercizio, della discrezionalità amministrativa.

[27] Sul punto dell'uso distorto del potere, v. G. AMATO, *L'irrelevanza penale trova un limite nell'uso distorto del potere pubblico*, in *Guida al diritto*, 6 febbraio 2021, 5, p. 99-100.

[28] A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio Nota a Cass., Sez. VI, sent. 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442, Pres. Fidelbo, Rel. Giorgi*, in *Sistema penale*, 4, 2021, M. GAMBARDELLA, *Simul Stabunt Vel simul Cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del Giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema penale* 2020, p. 133 e ss.

[29] In effetti, l'analisi richiederebbe una approfondita considerazione non solo del versante oggettivo ma anche di quello soggettivo del giudizio di imputazione in termini di consapevolezza dell'imputazione, per un'analisi compiuta si v. A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *La legislazione penale*, 23.10.2020 in particolare pp. 36 -37.

[30] Pertanto andrebbe da dire che se la finalità è attribuita da un atto amministrativo (ad es. di tipo generale o un piano) allora sfuggirebbe all'applicabilità del nuovo art. 323 c.p.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1668 – 14 aprile 2021

La proposta di regolamento sui «servizi digitali» dell’Unione europea: profili procedurali (brevi note)

di Filippo D’Angelo

sommario: 1. L’ambito applicativo. - 2. La coamministrazione delle funzioni di vigilanza. - 3. La «cooperazione transfrontaliera tra coordinatori dei servizi digitali». 4. La «vigilanza rafforzata sulle piattaforme online di dimensioni molto grandi». - 5. Una riflessione conclusiva.

1. L’ambito applicativo.

Il 15 dicembre 2020 l’Unione europea ha pubblicato la proposta (n. 2020/0361) di regolamento sul «mercato unico dei servizi digitali». Dopo una lunga attesa il documento è intervenuto a colmare un vuoto legislativo non più procrastinabile e ha dettato «norme armonizzate sulla prestazione di servizi intermediari nel mercato interno»^[1]. Questi i suoi obiettivi: «stabilire un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile»^[2]; contrastare la diffusione di «contenuti illegali» in rete^[3]; garantire la neutralità delle piattaforme telematiche^[4]; tutelare i diritti fondamentali degli utenti^[5].

La nuova normativa si applicherà a tutti i «servizi intermediari prestati a destinatari il cui luogo di stabilimento o di residenza si trova nell’Unione» (il riparto delle funzioni di vigilanza segue dunque un criterio territoriale)^[6]; e riguarderà nello specifico i servizi di semplice trasporto (“mere conduit”), di memorizzazione temporanea (“caching”) e di

memorizzazione su richiesta dell'utente ("hosting")^[7]. In quest'ultima categoria rientrano le «piattaforme online», come i social network o i mercati digitali^[8], che possono assumere «dimensioni molto grandi» se «prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni», ossia al 10% della popolazione totale dell'Unione^[9].

2. La coamministrazione delle funzioni di vigilanza.

L'esecuzione del nuovo regolamento è stata affidata a un «sistema comune» di autorità amministrative formato dalla Commissione, dai coordinatori nazionali dei servizi digitali e dal comitato che li riunisce^[10]; in base al preciso disposto regolamentare essi «cooperano tra loro» secondo collaudati meccanismi di coamministrazione delle funzioni di vigilanza^[11]. La proposta di regolamento ha assegnato alla Commissione e alle autorità nazionali rilevanti poteri istruttori (possono richiedere informazioni ai prestatori di servizi digitali; possono ispezionare i loro locali aziendali; possono sequestrare documenti; possono verbalizzare qualunque dichiarazione) e altrettanto incisivi poteri decisionali (possono ordinare la cessazione di comportamenti illeciti; possono imporre misure correttive e accettare impegni vincolanti; possono adottare misure cautelari; possono irrogare sanzioni pecuniarie e penali di mora) da esercitare nel rispetto del principio del contraddittorio coi destinatari^[12].

La vigilanza settoriale spetta in prima battuta alle autorità nazionali (secondo il menzionato criterio del luogo di stabilimento dell'impresa vigilata), anche se sono previsti specifici meccanismi di composizione con la Commissione. Le autorità pubbliche dell'Unione e degli Stati membri sono infatti collegate attraverso raccordi di natura procedimentale ed è qui che si può apprezzare più nitidamente l'intensità della loro collaborazione.

3. La «cooperazione transfrontaliera tra coordinatori dei servizi digitali».

Tanto accade, ad esempio, nella procedura di «cooperazione transfrontaliera tra coordinatori dei servizi digitali» che si svolge nel seguente modo.

Il procedimento è avviato da qualunque coordinatore nazionale dei servizi digitali che può chiedere al coordinatore competente per territorio di «valutare la questione e di adottare le misure di indagine e di esecuzione necessarie» qualora vi sia il sospetto che un prestatore di servizi intermediari abbia violato le norme del regolamento^[13]. La richiesta è motivata in punto di fatto e diritto, ed è corredata delle prove necessarie^[14]. Ricevuta l'istanza il coordinatore interpellato avvia l'indagine ed entro due mesi comunica la propria valutazione del caso e indica le eventuali misure adottate^[15].

Laddove l'autorità proponente «non abbia ricevuto una risposta» alla propria richiesta nel termine previsto, oppure «non concordi con la valutazione del coordinatore dei servizi digitali» interpellato^[16], può deferire la questione alla Commissione che la esamina entro tre mesi. Se giunge a conclusioni diverse da quelle dell'autorità nazionale che ha condotto l'indagine la Commissione le può chiedere di «valutare ulteriormente la questione e di adottare le misure di indagine o di esecuzione necessarie» nei successivi due mesi^[17].

Tuttavia il procedimento non termina qui: se l'indagine riguarda una «piattaforma online di grandi dimensioni» e il coordinatore dei servizi digitali competente non ha svolto il supplemento istruttorio richiesto dalla Commissione[18], quest'ultima può richiamare a sé il procedimento di vigilanza e da quel momento il «coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento interessato non è più autorizzato ad adottare alcuna misura di indagine o di esecuzione in relazione alla pertinente condotta della piattaforma online di dimensioni molto grandi interessata»[19]. Egli può solo coadiuvare la Commissione, fornendole il fascicolo d'indagine con tutte le informazioni necessarie affinché questa possa adottare la decisione più appropriata nei confronti della piattaforma telematica vigilata[20].

4. La «vigilanza rafforzata sulle piattaforme online di dimensioni molto grandi».

Un procedimento in parte analogo si osserva per la «vigilanza rafforzata sulla piattaforme online di dimensioni molto grandi». In base alle disposizioni del nuovo regolamento quest'ultime sono soggette ad alcuni specifici oneri comportamentali come ad esempio: adottare misure cicliche di attenuazione dei rischi sistemici (ossia la manipolazione dei dati e la loro illegale divulgazione); sottoporsi ogni anno ad audit indipendenti; detenere un registro dei dati pubblicitari diffusi al pubblico; istituire un ufficio di contatto con le autorità di settore[21]. In caso di loro sospetta violazione la Commissione, il comitato dei coordinatori o almeno tre coordinatori nazionali dei servizi digitali possono interpellare il coordinatore competente per territorio e chiedergli di avviare un'indagine[22].

Aperto il procedimento l'autorità agente prende subito contatto con la piattaforma telematica vigilata e le può chiedere di elaborare prima un «piano di azione in cui precisi come intende far cessare o porre rimedio alla violazione»[23]; e poi di sottoporsi a un «audit indipendente supplementare che consenta di valutare l'efficacia di tali misure nel far cessare o porre rimedio alla violazione»[24]. Esauriti tali passaggi istruttori il coordinatore dei servizi digitali comunica alla Commissione, al comitato e alla piattaforma online se ritiene o meno che le misure intraprese abbiano rimediato alla violazione riscontrata; dopodiché egli «non è più autorizzato ad adottare alcuna misura di indagine o di esecuzione»[25].

Il motivo è presto spiegato: qualora persista una violazione regolamentare spetta solo alla Commissione il potere di intervenire, al posto dell'autorità nazionale, nei confronti della piattaforma digitale con una decisione puntuale[26]. Si ripete allora lo stesso schema già visto nel precedente procedimento: la Commissione avvia un'indagine in autonomia (ma col supporto dell'autorità nazionale) e al termine adotta il provvedimento di vigilanza più adatto a reprimere la violazione.

5. Una riflessione conclusiva.

È sicuramente prematuro avanzare già da ora previsioni sull'impatto che avrà il nuovo regolamento sui servizi digitali dell'Unione all'indomani della sua entrata in vigore; un dato però appare di estremo valore e si deduce dalla struttura dei due procedimenti appena analizzati che forniscono interessanti spunti di riflessione.

Andando infatti oltre il profilo puramente esteriore rappresentato dalla contitolarità della funzione tipica dei casi di coamministrazione, emerge che in entrambi i procedimenti il legislatore dell'Unione ha posizionato una relazione organizzativa che esprime il momento culminante della collaborazione tra le autorità dell'Unione e degli Stati membri. I due procedimenti si caratterizzano, a ben vedere, per il potere della Commissione di sostituirsi al coordinatore nazionale dei servizi digitali nei casi tipizzati dal regolamento; e in questo senso hanno (anche) valenza organizzativa.

La regolamentazione settoriale sui servizi digitali sembra dunque comprovare, ove ce ne fosse ancora bisogno, l'elevato potenziale scientifico che si annida nei «sistemi comuni» dell'Unione; e conferma l'utilità di studiare la disciplina del procedimento amministrativo non solo sul piano formale (la scansione in fasi) o sul piano sostanziale (l'esercizio del potere pubblico), ma anche nei suoi immanenti aspetti organizzativi: cioè dalla (poco esplorata) prospettiva delle relazioni organizzative procedurali tra apparati pubblici.

[1] Art. 1, par. 1; come chiarisce il cons. n. 4 il regolamento introduce una «serie mirata di norme obbligatorie uniformi, efficaci e proporzionate a livello dell'Unione al fine di tutelare e migliorare il funzionamento del mercato interno. Il presente regolamento stabilisce le condizioni per lo sviluppo e l'espansione di servizi digitali innovativi nel mercato interno».

[2] Art. 1, par. 2, lett. b.

[3] Cioè «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di uno Stato membro» (art. 2, lett. g).

[4] Cons. n. 20.

[5] Che ai sensi del cons. n. 41 sono: la libertà d'informazione e di espressione; il diritto alla riservatezza e alla vita privata; la libertà d'impresa; la tutela della proprietà intellettuale.

[6] Art. 1, par. 3.

[7] Art. 2, lett. f) che include nel concetto di «servizio intermediario»: un «servizio di semplice trasporto (*“mere conduit”*), consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire accesso a una rete di comunicazione; un servizio di memorizzazione temporanea (*“caching”*), consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite dal destinatario del servizio, che comporta la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni al solo scopo di rendere più efficiente il successivo inoltramento delle informazioni ad altri destinatari su loro richiesta; un servizio di *“hosting”*, consistente nel memorizzare informazioni fornite da un destinatario del servizio su richiesta di quest'ultimo».

[8] Cons. n. 13.

[9] Art. 25, par.1.

[10] Cons. n. 45.

[11] Art. 38, par. 2.

[12] Art. 41, par. 1 e par. 2 (per quanto concerne le autorità di vigilanza nazionali); artt. 54-63 (per quanto riguarda la Commissione).

[13] Art. 45, par. 1.

14 aprile 2021

[14] Art. 45, par. 2.

[15] Art. 45, par 3 e par. 4.

[16] Art. 45, par. 5 e par. 6.

[17] Art. 45, par. 7.

[18] Il presupposto previsto dall'art. 51, par. 1, lett. a) è che la piattaforma di grandi dimensioni «abbia violato una qualsiasi delle disposizioni del presente regolamento senza che il coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento abbia adottato alcuna misura di indagine o esecuzione a seguito della richiesta della Commissione di cui all'articolo 45, paragrafo 7, dalla scadenza del termine stabilito in tale richiesta».

[19] Art. 51, par. 2.

[20] Art. 51, par. 3.

[21] Artt. 26-32.

[22] Art. 50, par. 1.

[23] Art. 50, par. 2.

[24] Art. 50, par. 3.

[25] Art. 50, par. 4.

[26] Art. 51, par. 1, lett. c).

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1656– 7 aprile 2021

Efficacia dell'annullamento *ex tunc*, *ex nunc* o *a die crastino*?

di Raffella Dagostino

Sommario: 1. La vicenda sottoposta all'esame del G.A. e le ragioni addotte a sostegno della decisione. – 2. La controversa natura dell'inefficacia del contratto: le tesi ancora sul tappeto. – 3. Della natura e dell'ampiezza dei poteri del G.A. sulla sorte del contratto. – 4. Le ulteriori spinte in avanti del G.A. quale giudice a cognizione piena. – 5. Della specialità dei poteri del G.A. *ex art.* 122 c.p.a., quale giudice *di merito* (ossia a cognizione piena) e non già *sul merito*. – 6. Analisi delle motivazioni addotte dal GA a sostegno della propria decisione. – 7. Brevi considerazioni conclusive.

1. La vicenda sottoposta all'esame del G.A. e le ragioni addotte a sostegno della decisione

Con sentenza n. 1737 dell'11 febbraio 2021, il Tar Lazio, sez. II bis, disponendo l'annullamento della procedura di gara, ha ritenuto opportuno modulare la decorrenza dell'inefficacia del contratto di appalto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, coordinandone gli effetti con l'obbligo di ripetizione della procedura ad evidenza pubblica, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 122 e 34, comma 1, lett. e) c.p.a., non essendosi concluso il giudizio con la possibilità di una pronuncia di aggiudicazione o di subentro in favore del ricorrente vittorioso.

La controversia ha preso avvio con dispiegamento di un ricorso principale avverso il provvedimento di aggiudicazione di un appalto di servizi, nel caso di specie di trasporto pubblico con assistenza domiciliare distrettuale in favore di persone svantaggiate, da rendersi

nei comuni di Marino e di Ciampino, nonché di tutti gli atti ad esso presupposti, connessi e consequenziali, con conseguente richiesta di declatoria di inefficacia del contratto per la gestione del servizio, nelle more stipulato, e successivo subentro. In via subordinata, parte ricorrente ha chiesto la ripetizione del procedimento di gara e conseguente risarcimento del danno patito.

La ricorrente principale ha addotto a fondamento delle proprie ragioni, l'illegittimità per eccesso di potere della determina dirigenziale con cui si era provveduto a confermare l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata, superando con esito favorevole la verifica dell'anomalia dell'offerta effettuata dalla stazione appaltante. Secondo parte ricorrente, dalla relazione prodotta ai fini della giustificazione dell'anomalia dell'offerta, cui aveva fatto accesso, era possibile evincere l'erronea formulazione dell'offerta economica presentata dalla concorrente risultata poi aggiudicataria. Pertanto, si è desunta la sussistenza dell'obbligo di esclusione della concorrente dalla procedura di gara, l'illegittimità della stessa e della conseguente aggiudicazione.

Ha dispiegato ricorso incidentale l'aggiudicataria, controinteressata, chiedendo a sua volta l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non avevano comportato l'esclusione della ricorrente per la presentazione di un'offerta parimenti viziata.

I ricorsi sono stati esaminati contestualmente, dipendendo entrambi dalla medesima questione di diritto. Il ricorso incidentale è risultato destituito di ogni fondamento, emergendo dalla semplice documentazione degli atti di gara la correttezza dell'offerta presentata da parte ricorrente. Diversamente, è parso fondato il ricorso principale per via della rilevata incongruità dell'offerta presentata dall'impresa risultata poi aggiudicataria. Pertanto, il Tar Lazio ha disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione con conseguente obbligo per l'amministrazione di riesaminare le offerte e di pronunciarsi sulle medesime conformemente a quanto rilevato in giudizio.

Purtuttavia, fermo l'accoglimento del ricorso principale con obbligo di ripetizione della procedura di gara, vista la particolare rilevanza sociale del servizio prestatato, il giudice amministrativo ha disposto che l'inefficacia del contratto nelle more stipulato, decorresse a partire dal termine di trenta giorni dalla comunicazione della sentenza, o sua notificazione a cura di parte, oltre il quale il contratto stesso doveva intendersi risolto, con salvezza delle prestazioni *medio tempore* rese, così da consentire alla P.A. procedente di poter riesaminare le offerte e adottare le determinazioni necessarie ad assicurare la continuità di un servizio di particolare importanza sociale, senza soluzione di continuità, anche nel caso di subentro della ricorrente alla controinteressata, all'esito delle rinnovate operazioni di gara.

Nel caso di specie, pertanto, la possibilità per il giudice amministrativo di modulare gli effetti della dichiarazione d'inefficacia del contratto stipulato a valle di un'aggiudicazione dichiarata illegittima è stata coordinata con il riesercizio della funzione da parte della pubblica amministrazione, ossia collegata all'esito della ripetizione della procedura di gara, al fine di assicurare continuità al servizio reso.

Le ragioni giuridiche su cui il giudice amministrativo ha basato la propria decisione sono state essenzialmente tre.

La prima motivazione posta a fondamento del ragionamento giuridico seguito dal Tar Lazio, data per presupposto, è stata individuata nella possibilità di regolare gli effetti conformativi dell'accoglimento del ricorso anche in deroga all'efficacia retroattiva della pronuncia di annullamento, possibilità riconosciuta in linea generale dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (in particolare Cons. Stato, Ad. pl., n. 13/2017) e, nel caso di specie, *ex* artt. 121 e 122 c.p.a., nei limiti in cui consentono al giudice amministrativo di modellare gli effetti della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione.

Di poi, si è insistito sull'autonomia degli effetti costitutivi dell'assetto d'interessi derivanti dalla pronuncia d'inefficacia del contratto rispetto all'annullamento dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

Infine, si è posto l'accento sulla natura generale e atipica dei poteri conferiti al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e) c.p.a. che, letti in combinato disposto con i peculiari poteri riconosciuti all'organo giudicante sulla sorte del contratto, *ex* art. 122 c.p.a., a dire del Tar Lazio, si risolverebbero in un efficace strumento di garanzia dell'effettività della tutela, ampliando gli effetti costitutivi della pronuncia stessa d'inefficacia del contratto.

Ciò posto, al fine di comprendere la portata novativa e ampliativa della soluzione resa dal Tar del Lazio, si ritiene opportuno ripercorrere, seppur succintamente, le complesse questioni sottese alla pronuncia d'inefficacia del contratto, al fine di valutarne profili di criticità o di eventuale apprezzamento.

2. La controversa natura dell'inefficacia del contratto: le tesi ancora sul tappeto.

Gli artt. 121 - 125 c.p.a. e 133, comma 1, lett. e), n. 1 c.p.a., come noto, hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulla sorte del contratto, previamente stipulato, in esito all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione. Tali disposizioni normative hanno riprodotto, sostanzialmente, la disciplina precedentemente contenuta negli artt. 245-*bis* e 245-*ter* del d.lgs. n. 163/2006, a sua volta conforme alla direttiva ricorsi n. 2007/66/CE, disciplina con cui il legislatore ha definitivamente inquadrato le questioni relative alle conseguenze sul contratto derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione, innanzitutto come un problema processuale e non piuttosto di diritto sostanziale^[1].

Di qui, il permanere di alcuni profili d'incertezza su questioni teoriche che per anni hanno impegnato la dottrina nella decriptazione del dato normativo e nella qualificazione giuridica delle categorie sottese alla fattispecie normativa, dalla cui soluzione ancora oggi dipende la risposta a diverse problematiche, fra cui quella relativa all'ampiezza e all'incidenza dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo circa la sorte del contratto, in particolare nelle ipotesi di "vizi residuali", meno gravi, del procedimento di aggiudicazione, di cui all'art. 122 c.p.a., in cui la discrezionalità riconosciuta al giudice amministrativo sembra avere più ampi margini d'intervento.

Si ribadisce, che è proprio nella suddetta fattispecie normativa che s'inquadra la questione oggetto della presente analisi.

È noto che la soluzione normativa dell'inefficacia del contratto è stata adottata in quanto conforme alle indicazioni poste a livello comunitario, in particolare al 13° considerando della direttiva n. 2007/66/CE ove era individuata, come conseguenza necessaria di un appalto aggiudicato all'esito di un affidamento illegittimo, la privazione di ogni effetto del contratto a valle stipulato, con la precisazione che la carenza di effetti non doveva essere automatica ma accertata da un organo di ricorso indipendente o l'esito di una decisione assunta da quest'ultimo.

Di qui, il superamento di alcune tesi dottrinarie prima avvalorate, quali quelle: dell'annullabilità del contratto, maggiormente caldeggiata dalla giurisprudenza di Cassazione[2], nelle sue varie sfaccettature giuridiche – essendo stata essa ricondotta sia alle ipotesi di annullabilità relativa, *ex* artt. 1441 c.c., sia da annullabilità per vizio del consenso o per errore essenziale, secondo lo schema normativo di cui agli artt. 1428, 1429, comma 3, c.c. o, ancora, all'annullabilità per difetto di capacità a contrarre dell'amministrazione – ; nonché la diversa tesi della caducazione automatica[3], ossia dell'inefficacia assoluta, basata sul nesso di presupposizione e interdipendenza fra la serie procedimentale ad evidenza pubblica e quella contrattuale, tale per cui *simul stabunt simul cadunt*.

L'attuale disciplina normativa, dunque, individua una pluralità di fattispecie che consentono al giudice amministrativo di addivenire a una pronuncia di inefficacia del contratto a valle a stipulato, a seguito dell'accertamento della tipologia di violazione commessa nel corso della procedura di affidamento. Non a caso, si è parlato della predisposizione di un meccanismo d'inefficacia a geometrie variabili[4], o meglio ancora flessibile e funzionale[5], essendo l'inefficacia sostanzialmente riconducibile a due differenti regimi giuridici: una inefficacia per così dire “ordinaria” ma cedevole, per le violazioni più gravi, ritenute tassative (art. 121 c.p.a.); l'altra facoltativa o discrezionale (art. 122 c.p.a.). E invero, mentre nella prima ipotesi, al verificarsi delle fattispecie declinate dal legislatore, la pronuncia d'inefficacia del contratto dovrebbe essere la regola, ossia conseguenza necessaria ma non per questo automatica, ben potendo sussistere esigenze imperative connesse a un interesse generale che impongano la conservazione del contratto, esigenze che il giudice amministrativo è tenuto a valutare secondo le indicazioni fornite dalla legge (art. 121, comma 2), nella fattispecie residuale, quella di cui all'art. 122 c.p.a., al giudice amministrativo sono lasciati più ampi margini interpretativi per via della maggiore indeterminatezza della disposizione legislativa, essendo Egli sostanzialmente chiamato a effettuare un giudizio complesso – della cui natura si dirà nel prosieguo – sulla pluralità d'interessi in gioco ai fini della decisione sulla sorte del contratto, bensì anche sulla regolazione della decorrenza degli effetti dell'inefficacia stessa. Pertanto, mentre nel primo caso si è di fronte a un'inefficacia “cedevole”, nell'altro caso si tratterebbe di un'inefficacia meramente facoltativa, non essendo quella né una conseguenza necessaria ma nemmeno ordinaria dell'annullamento dell'aggiudicazione[6].

E tutto ciò, con evidenti ricadute sulla soluzione di questioni giuridiche ancora controverse, quali quelle relative alla definizione della natura giuridica della suddetta “inefficacia”, del necessario rispetto del principio della domanda per ciascuna delle due fattispecie giuridiche e, specularmente, della possibilità di riconoscimento, o meno, di poteri officiosi[7] in capo al giudice amministrativo ai fini della pronuncia d'inefficacia del contratto.

Con particolare riferimento al primo profilo, quello inerente la natura giuridica dell'inefficacia del contratto, è possibile rinvenire, oggi, due ricostruzioni fra loro alternative, da cui poi è gemmata una tesi mediana.

Secondo una prima impostazione, tale “inefficacia” dovrebbe interpretarsi alla stregua di una nullità-sanzione^[8], intesa o come violazione di regole imperative che s’indirizzano sul regolamento negoziale o, piuttosto, secondo altra interpretazione, come nullità speciale da cui conseguirebbe l’illiceità del contratto per violazione dell’ordine pubblico economico o per nullità da disvalore. In questo caso l’inefficacia avrebbe una funzione rimediale, costituendo la reazione a un difetto contrattuale.

Diversamente, secondo altra ricostruzione, l’inefficacia dovrebbe interpretarsi come una risoluzione di fonte giudiziale^[9].

Le due ricostruzioni si rifanno a una diversa interpretazione del concetto d’inefficacia, sul presupposto che l’inefficacia non è una categoria giuridica a se stante, non trovando un’autonoma disciplina nemmeno nella materia civilistica, tale per cui essa può intendersi o come inefficacia in senso lato, ossia come predicato di un contratto invalido, dunque come esito di un giudizio sulla validità o meno del rapporto contrattuale, oppure in senso stretto, come mero effetto giuridico di una valutazione sganciata da profili di validità contrattuale, effetto giuridico riconducibile a cause diverse dall’invalidità del rapporto contrattuale^[10]. Secondo quest’ultima impostazione l’inefficacia si porrebbe come categoria autonoma rispetto all’invalidità.

Avvalorando quest’ultima prospettiva, dell’inefficacia in senso stretto, ossia dell’inefficacia intesa come effetto giuridico dell’annullamento dell’aggiudicazione, oggetto di un’autonoma e distinta valutazione rispetto a quella di validità del contratto e del rapporto contrattuale, di cui il giudice amministrativo non è chiamato ad occuparsi^[11], sembra essere gemmata in dottrina una tesi mediana, per così dire neutrale, che tende a considerare l’inefficacia di cui agli artt. 121-122 c.p.a. come un autonomo istituto giuridico non sussumibile nell’ambito delle altre categorie. Ne deriverebbe una nozione complessa d’inefficacia, che valorizzerebbe la funzionalizzazione della stessa in relazione al subentro nel contratto del ricorrente vittorioso e che consentirebbe, diversamente, di apprezzarne la natura sanzionatoria nei limiti in cui il subentro non sia consentito^[12].

Pertanto, è chiaro che la ricostruzione della natura giuridica dell’inefficacia ha ricadute anche sul piano interpretativo e applicativo delle norme di riferimento.

E’ evidente, dunque, che per sciogliere i nodi interpretativi sia opportuno ricostruire anche la *ratio legis* sottesa alla vigente disciplina, non potendosi negare che, da sempre, le differenti soluzioni interpretative offerte dalla dottrina circa la sorte del contratto e, di conseguenza, sui poteri spettanti al giudice amministrativo, abbiano fortemente risentito della ricostruzione teorica che si è fatta della procedura ad evidenza pubblica, delle finalità ad essa sottese, nonché della natura giuridica dell’aggiudicazione e del rapporto intercorrente fra essa e il contratto a valle stipulato.

Pertanto, non può non considerarsi innanzitutto la *ratio* sottesa alla disciplina comunitaria che ha le sue fondamenta nell’esigenza, sempre fortemente avvertita a livello europeo, di tutela della concorrenza, quale principio cardine della procedura di affidamento e, con essa, di tutela, in via prioritaria, degli interessi (pretensivi) degli operatori economici, cui è stata attribuita una tutela in forma specifica, che s’invera attraverso il conseguimento dell’aggiudicazione della gara, con conseguente stipula ed esecuzione del contratto.

Tuttavia, una disciplina integralmente calibrata sulla tutela della concorrenza e degli operatori economici avrebbe certamente trovato una migliore e più proficua soluzione nella previsione di una caducazione automatica del contratto all'inverarsi di violazioni della procedura ad evidenza pubblica, soluzione invece scartata dal legislatore.

La vigente disciplina codicistica, invece, sebbene conforme a quella comunitaria, si presenta ben più complessa perché impone al giudice amministrativo una sintesi fra contrapposti interessi, pubblici e privati, da valutarsi anche in termini di proporzionalità in relazione alle conseguenze che potrebbero derivare dalla declaratoria d'inefficacia del contratto.

Pertanto, la medesima appare maggiormente improntata a una pubblicizzazione, o se si preferisce, a una vera e propria funzionalizzazione dell'inefficacia del contratto, imponendo un bilanciamento in concreto fra tutela della concorrenza e, dunque, per essa, dell'interesse del ricorrente, ma anche delle altre parti (art 122 c.p.a), nonché della pluralità d'interessi pubblici sottesi al contratto, non necessariamente coincidenti con quello di cui è titolare la pubblica amministrazione, così come la nozione di «esigenze imperative» lascia chiaramente evincere (art 121 c.p.a.), da cui inevitabilmente scaturisce una nozione complessa d'inefficacia del contratto.

In questa prospettiva, pertanto, sembra forse preferibile perseguire quella via interpretativa, per così dire neutrale, che vuole sganciata dalle categorie civilistiche la spiegazione della natura dell'inefficacia del contratto, valorizzando l'*intentio legis* sottesa alla disciplina codicistica che, lungi da fornire qualificazioni di diritto sostanziale sembra avere piuttosto delineato un complesso meccanismo in cui, fuor d'ogni dubbio, un ruolo cardine spetta al giudice amministrativo che, a seconda del caso concreto, nel rispetto della legge, sarà chiamato a decidere della sorte del contratto, quale conseguenza/effetto giuridico dell'annullamento dell'aggiudicazione, modificando l'assetto d'interessi a quello sottesi, con una pronuncia costitutiva.

Di qui, la necessità di definire la natura e l'ampiezza dei poteri spettanti al giudice amministrativo sulla sorte del contratto e sulla regolazione della decorrenza degli effetti dell'inefficacia.

3. Della natura e dell'ampiezza dei poteri del G.A. sulla sorte del contratto.

Anche con particolare riferimento alla natura e all'ampiezza del sindacato giudiziale sulla sorte del contratto è possibile rinvenire in dottrina diverse tesi che sono originate, sostanzialmente, dalla incerta dicitura espressa nella direttiva comunitaria 2007/66/CE e nella legge delega del 7 luglio 2009, n. 88, in cui si era prevista una giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo circa gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto.

Il punto, come noto, è stato presto chiarito in sede giurisdizionale^[13], e definitivamente fugato con la vigente disciplina codicistica, essendosi chiaramente prevista la giurisdizione esclusiva del g.a. sulla sorte del contratto, non potendo Egli sostituire le proprie valutazioni a quelle spettanti alla p.a., nonostante, nel caso di specie, sia legittimato a svolgere un sindacato forte^[14], a tutela dei contrapposti interessi sottesi al contratto.

Proprio la specialità^[15] che connota i poteri del giudice amministrativo in relazione alla sorte del contratto ha però alimentato dubbi in dottrina sulla tipologia di sindacato da quello svolto.

Secondo un primo orientamento^[16], il giudice amministrativo sarebbe chiamato ad effettuare un giudizio equitativo, alla stregua di un giudizio di volontaria giurisdizione, in cui la valutazione e la decisione del giudice, piuttosto che natura decisoria, sembrerebbero avere natura gestionale, per via della molteplicità delle soluzioni cui il giudice può giungere, vista l'ampia discrezionalità a questi riconosciuta, avendo la normativa fatto ampio uso di concetti giuridici indeterminati, generici o incompleti. Pertanto, secondo questa teorica, i poteri del giudice amministrativo sarebbero da leggersi nell'ottica dell'equità integrativa o correttiva, così da conciliare il principio di legalità con l'indeterminatezza e flessibilità normativa, anche in ragione dell'effettività della tutela.

Di diverso avviso chi^[17], valorizzando la prospettiva pan-processualista o giudice-centrica sottesa alla predetta normativa, ha ritenuto si fosse comunque di fronte a un sindacato di merito del giudice amministrativo, essendo la normativa essenzialmente protesa ad assicurare una tutela effettiva e rapida del ricorrente attraverso l'inefficacia del contratto. Di conseguenza, secondo questa tesi dovrebbe ritenersi che il giudice amministrativo avrebbe un potere-dovere di compiere una valutazione dell'interesse pubblico sostitutiva di quella dell'amministrazione, compiendo una scelta discrezionale afferente a profili di opportunità e convenienza circa la conservazione, o meno, del contratto e dei suoi effetti^[18].

Questa teorica, tuttavia, è confutata dal dato normativo e da quella dottrina^[19] che, piuttosto, ha evidenziato come, nel caso di specie, per la prima volta, si sia chiaramente al cospetto di un sindacato pieno del giudice amministrativo sul rapporto, un sindacato particolarmente incisivo che attribuisce al giudice amministrativo una cognizione piena per l'accertamento e la valutazione dei fatti e dei contrapposti interessi sottesi alla fattispecie di riferimento, senza per questo, tuttavia, cadere in un sindacato di mera opportunità politica sulla scelta precedentemente effettuata dall'amministrazione (ossia sul merito). Ciò anche in ragione del fatto che il legislatore ha effettuato una scelta differente sul tipo di giurisdizione spettante al GA, a seconda che ricorrano le fattispecie di cui agli artt. 121-122 c.p.a. o piuttosto 123 c.p.a.

La tesi merita un chiarimento, anche perché, come si dirà in seguito, differenti sono i parametri normativi che indirizzano il sindacato del G.A. nel caso concreto a seconda che ricorra l'ipotesi di cui all'art. 121, comma 2, c.p.a. o piuttosto, quella ben più problematica, per la maggiore indeterminatezza e per lo specifico riferimento all'apprezzamento degli interessi in gioco, di cui all'art. 122 c.p.a.

Più in particolare, sembra possibile ritenere che nel caso di specie il legislatore abbia autorizzato il giudice amministrativo a compiere, nel rispetto della terzietà, imparzialità e indipendenza della propria posizione, una valutazione contestuale dell'interesse individuale, sia esso l'interesse legittimo pretensivo vantato dal ricorrente sia quello oppositivo del controinteressato, in uno con l'interesse pubblico sotteso al contratto; interesse, quest'ultimo, non inteso come strettamente coincidente con l'interesse pubblico prevalente, ossia quello rispondente all'interesse dell'amministrazione procedente, piuttosto come "interesse pubblico del caso concreto", ossia come sintesi della pluralità degli interessi sottesi al contratto, da valorizzarsi nella prospettiva del rispetto di esigenze imperative espressione di un interesse generale.

Il che vorrebbe significare che il G.A. non sarebbe chiamato a esprimere *ex postun* giudizio sulla meritevolezza della scelta precedentemente effettuata dalla p.a., sostituendo la propria decisione con il merito amministrativo, bensì – e qui la peculiarità della normativa di riferimento – a compiere una valutazione autonoma, ora per allora, sull’assetto degli interessi in gioco, sottesi al contratto nelle more stipulato, per come emergente e per come determinatosi in conseguenza dell’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione illegittima.

Tale prospettazione, tuttavia, potrebbe far sorgere il dubbio che ci si trovi di fronte a una palese violazione dell’art. 34, comma 2 c.p.a., ossia dell’inderogabile divieto per il giudice amministrativo di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati.

Purtuttavia, come la dottrina non ha mancato di precisare, tale norma impedirebbe al G.A. di anticipare l’amministrazione nell’esercizio del proprio potere, non già di individuare l’assetto definitivo del rapporto controverso^[20].

Con particolare riferimento all’ipotesi di cui all’art.122 c.p.a., ciò starebbe a significare che la valutazione “dell’interesse pubblico del caso concreto” demandata al GA, nell’ipotesi in cui si rende necessaria un’ulteriore attività procedimentale della p.a. (ossia, la riedizione della procedura di gara), sarebbe meramente strumentale all’esplicazione dell’effetto conformativo della sentenza di annullamento.

Il che vorrebbe dire che il G.A., non ricorrendo l’ipotesi della giurisdizione di merito, non è tenuto a stabilire il nuovo e definitivo assetto d’interessi, non avendo Egli poteri costitutivi, bensì è legittimato a orientare, in maniera più puntuale, il riesercizio della funzione amministrativa, esplicitando nel dispositivo della sentenza gli effetti conformativi derivanti dall’annullamento dell’aggiudicazione sulla sorte del contratto, con particolare riferimento alla decorrenza dell’inefficacia del contratto medesimo.

Pertanto, dovrebbe ritenersi che la specialità dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo sulla sorte del contratto, atto di natura privatistica consequenziale e direttamente connesso all’esercizio di una pubblica funzione cristallizzatasi nel provvedimento di aggiudicazione, trovi un fondamento in ragioni di economicità ed efficienza processuale che hanno, evidentemente, portato ad estendere – probabilmente oltremodo (?) – le maglie della giurisdizione esclusiva, essendo Egli di fatto chiamato a effettuare una valutazione, neutrale e obiettiva, di pura efficienza economica, non già di buona amministrazione, non dovendo esprimere un giudizio di opportunità politica o di convenienza in sostituzione della pubblica amministrazione.

In questa prospettiva, dunque, l’ampiezza dei poteri cognitivi, istruttori e decisivi del giudice amministrativo, per come specificatamente delineati nella normativa in esame, dovrebbe potersi apprezzare e necessariamente coniugare nel rispetto dei limiti legali alla pienezza ed effettività della tutela, per come posti dai precetti costituzionali di cui agli art. 24, 111 e 113 della Costituzione. Principi, a loro volta, recepiti e declinati nel codice del processo amministrativo che è, chiaramente, un processo di parti, fondato sul principio dispositivo, o meglio ancora, sul principio della domanda e della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, come tali invalicabili, essendo nella disponibilità delle parti l’oggetto del processo, non potendo certamente accettarsi l’idea del “giudice regolatore”.

Pertanto, in questa prospettiva, sembra possibile affermare che si sia di fronte a un'eccezionale ipotesi normativa di esercizio della giurisdizione piena del g.a.^[21], non semplicemente perché si legittima una cognizione piena del giudice amministrativo sul fatto, bensì perché s'impone una valutazione della situazione fattuale venutasi a creare in conseguenza della sottoscrizione del contratto, tale per cui il g.a. è tenuto a valutare le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sull'efficacia del contratto, senza per questo divenire giudice della validità del contratto stesso^[22].

Purtuttavia, è evidente, però, che il giudice amministrativo, nell'ampiezza dei poteri cognitivi e decisorii attribuitogli dalla legge in codesta materia, in uno con l'indeterminatezza del precetto normativo, in specie dell'art. 122 c.p.a., potrebbe inopinatamente spingersi al di là dei confini della giurisdizione di tipo soggettivo^[23], verso una vera e propria funzionalizzazione del processo, esercitando poteri, e non semplici effetti, conformativi, come tali inaccettabili.

Non si può dimenticare, infatti, che anche nel caso in cui si volesse riconoscere nella fattispecie normativa in esame un esempio di giurisdizione piena del giudice amministrativo, vi sono dei limiti invalicabili – espressi nelle regole del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. – posti a presidio della legalità ordinamentale di cui il principio della separazione dei poteri è emblema, che il GA è sempre tenuto a rispettare: innanzitutto una cognizione piena sul fatto non potrà mai significare uso della scienza privata da parte del giudice, né elusione del principio dispositivo per come declinato nell'art. 64 c.p.a., né indebita violazione del principio del contraddittorio e della parità processuale fra le parti; di poi, anche un eventuale riconoscimento di poteri decisorii più pervasi non potrà giustificare un sindacato del giudice sulla scelta valoriale che costituisce il *proprium* della funzione amministrativa^[24].

Pertanto, è nel rispetto di questi termini che bisognerà condurre l'analisi della questione.

4. Le ulteriori spinte in avanti del G.A. quale giudice a cognizione piena.

Al fine di comprendere fino a che punto, nel caso di specie, il g.a. si sia spinto al di là del dato normativo e delle regole processuali è opportuno innanzitutto guardare al tenore letterale della disposizione normativa di riferimento, l'art. 122 c.p.a., e all'interpretazione estensiva che di quella si è data, anche sulla scia di una recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite^[25] che ha, per vero, aperto la strada a tale nuovo indirizzo interpretativo, sempre più seguito dal giudice amministrativo nelle sue recenti pronunce^[26].

Ai sensi dell'art. 122 c.p.a., il giudice amministrativo che, al di fuori dei casi indicati nell'art. 121, comma 1 e nell'art. 123, comma 3, c.p.a., annulla l'aggiudicazione definitiva, può dichiarare inefficace il contratto, stabilendone la decorrenza, tenendo conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto stesso, nel caso in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovo della gara e la domanda di subentro sia stata presentata.

La disposizione normativa, come noto, pone una fattispecie residuale di inefficacia, come detto facoltativa, trattandosi di una norma di chiusura rispetto alle ordinarie ipotesi di

inefficacia del contratto declinate dall'art. 121 c.p.a., che lascia più ampi margini di discrezionalità al giudice amministrativo sulla scelta inerente la sorte del contratto.

La decisione sull'inefficacia, rimessa al giudice in termini di "possibilità", è infatti condizionata alla valutazione di una serie presupposti normativi che, tuttavia, pongono in primo piano la considerazione degli interessi delle parti, dunque, del ricorrente, interessato all'inefficacia del contratto funzionale al subentro o, in via subordinata, alla riedizione della gara, dell'aggiudicatario - contraente in buona fede, così come della stessa pubblica amministrazione. E la ponderazione di tali interessi, in cui senza dubbio un peso primario è da attribuire all'interesse del ricorrente, essendo la norma calibrata sulla tutela in forma specifica da assicurare a quest'ultimo, non può che essere inversamente proporzionale alla gravità del vizio che inficia l'aggiudicazione.

Proprio in riferimento a tale profilo, con particolare riferimento ai quei vizi della procedura, pur di "gravità residuale" rispetto a quelli declinati nell'art. 121 c.p.a., con cui la disposizione normativa va coordinata, che comunque comportano la riedizione della gara, sono sorti dubbi interpretativi in merito alla discrezionalità del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto.

Secondo una interpretazione letterale più rigorosa, infatti, richiamata anche nella sentenza che si commenta, nelle ipotesi di violazioni residuali che comunque comportino una riedizione della gara, la dichiarazione d'inefficacia del contratto dovrebbe essere la conseguenza ordinaria, non richiedendo alcuna valutazione comparativa degli interessi e degli altri elementi contemplati nella disposizione normativa (Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl. n. 13/2011).

Il giudice amministrativo, pertanto, accertata la necessità di riedizione della gara, dovrebbe limitarsi ad annullare l'aggiudicazione e a disporre l'inefficacia del contratto, presumibilmente con efficacia *ex tunc*, quale conseguenza ordinaria dell'effetto retroattivo della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione cui il contratto è comunque connesso.

È proprio in relazione a questo profilo, della regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, che si registrano orientamenti differenti, come quello espresso dalla sentenza in commento, partendo proprio dal presupposto della valorizzazione dell'autonomia degli effetti costitutivi della pronuncia di inefficacia del contratto rispetto a quelli derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione.

La disposizione normativa, infatti, è stata oggetto di differenti letture per via dell'ambivalenza del tenore letterario che la connota. Secondo un recente arresto della Corte di Cassazione, interpellata sul punto per motivi di giurisdizione, ritenuti però infondati, due sarebbero le possibili letture interpretative che la disposizione consentirebbe.

La prima corrisponderebbe alla tesi più rigorosa appena sopra richiamata, secondo cui le condizioni normative di esercizio del potere del giudice amministrativo varrebbero esclusivamente per le ipotesi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovazione della gara; nel caso contrario, pertanto, il giudice non sarebbe tenuto ad effettuare tali valutazioni.

Diversamente, secondo altra interpretazione, la disposizione normativa dovrebbe essere letta nel senso di consentire al giudice amministrativo, in ogni caso – sia che si debba o non si

debba procedere al rinnovo della procedura di gara – di compiere la valutazione dei parametri condizionanti la declatoria d'inefficacia. Di conseguenza, il giudice amministrativo al ricorrere delle ipotesi di cui all'art 122 c.p.a. sarebbe sempre tenuto a tenere in considerazione gli interessi delle parti, lo stato di avanzamento dell'esecuzione del contratto, l'effettiva possibilità, per il ricorrente, di conseguire l'aggiudicazione del contratto o di subentrare nel contratto, alla luce del vizio della procedura in concreto riscontrato. Pertanto, l'eventuale obbligo di rinnovo della gara non limiterebbe i poteri cognitori e decisorii del g.a., per come individuati dalla disposizione di legge, bensì impedirebbe, semplicemente, la possibilità di subentro nel contratto.

Secondo questa lettura dunque, le due condizioni della non necessità di riedizione della gara e dell'avvenuta presentazione della domanda di subentro sarebbero pregiudiziali – o meglio, necessarie anche se da sole non sufficienti, dovendo comunque valutarsi gli altri elementi condizionanti l'inefficacia – ai soli fini della tutela in forma specifica del ricorrente.

È evidente che questa seconda interpretazione amplia lo spettro dei poteri spettanti al giudice amministrativo, consentendogli di compiere un giudizio complesso anche nelle ipotesi di riedizione della gara; soluzione interpretativa, questa, che sarà maggiormente condivisibile nei limiti in cui si predilige la tesi neutrale dell'inefficacia funzionale, posto che la qualificazione dell'inefficacia in termini di nullità-sanzione certamente imporrebbe un maggior rigore interpretativo.

Ad avvalorare tale soluzione interpretativa soccorre anche una lettura sistematica delle fattispecie di cui agli artt. 122 e 121 c.p.a. in quanto, se nelle ipotesi di violazioni più gravi di cui all'art. 121 c.p.a. è consentito al g.a. di conservare gli effetti del contratto al ricorrere delle esigenze imperative di cui al secondo comma dell'art. 121, escludere la ponderazione d'interessi contrapposti nel caso di violazioni meno gravi della procedura di gara sarebbe alquanto irragionevole, perché si giungerebbe ad un'applicazione più rigorosa della fattispecie residuale, meno grave, in cui l'inefficacia è comunque *ope legis* una conseguenza meramente eventuale.

Infatti, se al ricorrere delle fattispecie di cui all'art 121 c.p.a. l'inefficacia del contratto deve considerarsi una conseguenza ordinaria e, invece, la conservazione degli effetti del contratto una ipotesi eccezionale e derogatoria, possibile al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 121 comma 2, nei casi di cui all'art 122 c.p.a. la soluzione è differente, non essendo posta una priorità a livello normativo al ricorrere di fattispecie che si pongono come regola ed eccezione, rimettendosi al giudice la decisione sulla sorte del contratto.

Pertanto, mettendo a sistema le due norme, un'interpretazione estensiva della disposizione in esame, con conseguente ampliamento dei poteri cognitori e decisorii del giudice amministrativo, sarebbe legittima nei limiti in cui all'inverarsi di violazioni non gravi della procedura di gara che comunque comportino la riedizione della gara stessa, l'accoglimento della declatoria di d'inefficacia del contratto, con efficacia immediata o retroattiva, sarebbe da escludere perché conseguenza sproporzionata rispetto agli interessi di cui è causa.

È anche vero, però, che le condizioni normative cui è subordinato il giudizio sulla sorte del contratto divergono a seconda che ricorrano le fattispecie di cui all'art 121, comma 2, o 122 c.p.a.

Mentre nell'ipotesi di cui all'art 121, comma 2, c.p.a. ai fini della conservazione degli effetti del contratto si avvalorano esigenze imperative connesse alla sussistenza di un interesse generale – dunque, di più ampio respiro dell'interesse pubblico perseguito dalla p.a. competente, per vero recessivo – le sole capaci di giustificare una deroga alle accertate gravi violazioni della procedura di gara, nell'ipotesi di cui all'art. 122 c.p.a., la decisione dell'organo giudicante è strettamente calibrata sulla valutazione degli interessi di parte sottesi al contratto stipulato, ponendo particolare attenzione all'interesse del ricorrente non solo di subentrare al contratto, bensì anche alla ripetizione della gara allorché il medesimo abbia una effettiva possibilità di conseguire l'aggiudicazione.

Orbene, nell'ipotesi in cui il giudice accerti che ricorra un vizio che richieda la ripetizione della gara, l'unica conseguenza diretta e ordinaria cui la disposizione normativa darebbe luogo sarebbe quella di escludere la possibilità di subentro del ricorrente che ne abbia fatto domanda, non già quella di procedere alla declaratoria d'inefficacia del contratto. Infatti, resterebbe in piedi il potere del giudice di decidere della sorte del contratto, dell'inefficacia dello stesso e della decorrenza dei relativi effetti.

Di conseguenza potrebbero aversi soluzioni divergenti a seconda del caso di specie, posto che questa interpretazione accentua i profili di autonomia degli effetti costitutivi dell'assetto d'interessi derivanti dalla pronuncia d'inefficacia del contratto rispetto all'annullamento dell'aggiudicazione. Un parametro normativo certamente rilevante, capace di condizionare la declaratoria d'inefficacia del contratto sino ad escluderla, è quello dello stato di esecuzione del contratto, che postula una valutazione complessa dei profili fattuali ad esso sottesi[27].

Al di là di questa ipotesi di più semplice soluzione, la decisione sull'inefficacia del contratto e sulla sua decorrenza, dovrebbe calibrarsi tutta sul bilanciamento dei contrapposti interessi di parte sottesi al contratto, nonché sulla valorizzazione dell'interesse strumentale del ricorrente alla riedizione della gara. Considerando che l'accertamento di un vizio che comporti la riedizione della gara esclude, di fatto, la possibilità di offrire tutela piena al bene della vita del ricorrente, ossia di subentrare al contratto, non sembra errato ritenere che in suddette ipotesi si avrebbe un recupero valoriale degli interessi diversi da quello del ricorrente, – o se si preferisce, si avrebbe un depotenziamento dell'interesse del ricorrente, nella *ratio* della norma considerato primario – sia della pubblica amministrazione resistente che del controinteressato in buona fede, ai fini della ponderazione che il giudice deve eseguire, con il rischio di derive protezionistiche, a vantaggio della conservazione degli effetti del contratto.

Che gli effetti di decisioni improntate alla tutela di interessi superindividuali, siano essi interessi collettivi, diffusi, generali, o anche solo pubblici[28], incidano sull'effettività della tutela dell'interesse del singolo ricorrente, arretrandola o financo svuotandola di contenuto nei limiti in cui tali esigenze debbano, *ope legis*, prevalere sulle contrapposte ragioni del singolo dedotte in giudizio, anche se fondate, è conseguenza del tutto evidente proprio al ricorrere della fattispecie di cui all'art. 121, comma 2, c.p.a.[29]. Sebbene debba ritenersi che al ricorrere di tali fattispecie, della cui eccezionalità non può dubitarsi, tale conseguenza oltre che possibile sia legittima perché conforme non semplicemente alla *voluntas legis* bensì alla *littera legis*, è altrettanto vero che non si possa dubitare della necessità di vagliare con stretto rigore il ricorrere di suddette ipotesi, in quanto le stesse implicano una evidente scissione fra illegittimità amministrativa/procedimentale, anche grave, e legalità sostanziale o ordinamentale, che dir si voglia, intesa come bisogno di tutela di un interesse generale, che si manifesta al ricorrere di specifiche esigenze imperative, come potrebbero essere quelle

connesse alla realizzazione di infrastrutture strategiche o alla realizzazione di opere pubbliche fruibili dall'intera collettività, o la prestazione di servizi essenziali.

Il problema, come detto, si pone con maggior evidenza proprio in riferimento alla valutazione che il giudice è chiamato a compiere ex art. 122 c.p.a., per via della maggiore indeterminazione della fattispecie normativa rispetto a quella di cui all'art. 121, comma 2, c.p.a.

Tuttavia, valorizzando una lettura coordinata della disciplina posta dall'art. 121, comma 2, e dall'art.122 c.p.a., trattandosi di norme fra loro complementari, si ritiene che anche per quest'ultima fattispecie l'apprezzamento, da parte del giudice, della situazione di fatto esistente, da effettuare attraverso la lente della valutazione dei contrapposti interessi, debba essere operata nella logica della valorizzazione dell'interesse pubblico del caso concreto, così come precedentemente chiarito.

Le considerazioni svolte, dunque, sembrano far ritenere che, in via del tutto generale, l'interpretazione meno rigorosa dell'art 122 c.p.a., per come prospettata, non possa considerarsi, *sic et simpliciter praeter legem*; più in particolare, che la lettura coordinata delle due disposizioni porti piuttosto a valorizzare i limiti all'esercizio della funzione giurisdizionale relativamente alla decisione sulla sorte del contratto, dovendo fuggirsi l'insidia di una strumentalizzazione interpretativa delle regole processuali^[30].

Pertanto, sarà fondamentale attenzionare le modalità con cui il giudice, di volta in volta, ne darà applicazione, potendo tale interpretazione portare a facili strumentalizzazioni, o meglio a una più accentuata pubblicizzazione o funzionalizzazione dell'inefficacia del contratto, allontanando ancor più la norma dalla sua *ratio* originaria di garanzia di tutela della concorrenza e dell'interesse pretensivo del ricorrente a godere di una tutela piena, in forma specifica, ma anche solo di essere ripagato della *chance* di concorrere nuovamente per l'aggiudicazione.

5. Della specialità dei poteri del G.A. ex art 122 c.p.a., quale giudice *di merito* (ossia a cognizione piena) e non già *sul merito*.

Orbene, nel caso di specie il giudice amministrativo non sembra aver oltrepassato o violato le regole del processo amministrativo quale processo di parti, piuttosto sembra aver speso i propri poteri effettuando una valutazione comparativa dei contrapposti interessi di parte ai soli fini della regolazione della decorrenza degli effetti dell'inefficacia del contratto, valorizzando l'interesse strumentale del ricorrente alla riedizione della gara, in uno con l'interesse non solo pubblico bensì collettivo alla continuità nell'esecuzione del contratto, evincibile dall'oggetto della prestazione contrattuale, nelle more resa dal contraente aggiudicatario, trattandosi di servizio essenziale di trasporto con assistenza domiciliare a soggetti svantaggiati.

Il giudice amministrativo, infatti, ha ritenuto di non emettere, nel caso di specie, una pronuncia d'inefficacia immediata o comunque retroattiva del contratto, non per ragioni di equità o di opportunità meramente politica, bensì in conseguenza di un giudizio complesso dal medesimo effettuato in maniera conforme ai parametri normativi condizionanti l'efficacia

del contratto, sebbene, come detto, gli stessi impongano valutazioni a discrezionalità piuttosto ampia, richiamando, gli elementi normativi della fattispecie, giudizi di tipo valoriale, oltre che tecnico ed economico.

Poteri del GA, che sembrerebbero trovare una plausibile spiegazione solo nella prospettiva della giurisdizione piena, intesa come espressione di un sindacato radicato nella pienezza della cognizione dei fatti e caratterizzato da una ampiezza della discrezionalità del giudice nel decidere la controversia^[31]. Discrezionalità, tuttavia, che s'inverna non nell'esercizio di poteri sostitutivi, non essendo chiamato il giudice a una scelta politica dell'interesse pubblico prevalente, bensì attraverso l'esplicazione di effetti conformativi più pervasivi, conseguenti alla valutazione dell'interesse pubblico del caso concreto che la norma gli impone di effettuare.

La disciplina normativa oggetto d'analisi^[32], infatti, sembrerebbe porsi in posizione di assoluta distonia nel sistema processuale amministrativo, inverando una ipotesi peculiare di modello processuale di giurisdizione piena del G.A. Per comprenderne appieno il significato, è necessaria una breve riflessione storica sul punto.

Ripercorrendo le coordinate storiche sul tema, infatti, la normativa in esame invita innanzitutto a riflettere sulla complessità del concetto di giurisdizione di merito, risalente alla l. del 7 marzo 1907, n. 62, per certi versi riecheggiato nell'art. 27 del R.d. n. 1054/1924, molto spesso dimenticato.

E invero, la lettura di tali disposizioni normative porta a domandarsi cosa s'intenda per «giudicare nel merito», per coglierne una duplicità di significati: il primo significato, che forse con una maggior eco si è tramandato nella cultura del processo amministrativo, è quello di esprimere una valutazione di opportunità politica sulla scelta operata dall'amministrazione precedente; il secondo significato, il cui valore oggi, con il codice del processo amministrativo, si tende a recuperare con maggior vigore, è quello di intendere l'espressione giudicare del merito come riconoscimento di una cognizione piena del giudice amministrativo sul fatto^[33].

Orbene, si è già più volte rimarcato che l'ipotesi di specie non comporti una valutazione da parte del GA in termini di opportunità politica. Con la conseguenza, che deve esser ben salda, che lo stesso non possa sostituirsi all'amministrazione, ergendosi a giudice-regolatore del caso concreto.

Diversamente, proprio il profilo della valorizzazione dell'ampliamento della cognizione del giudice, anche nel recente passato (si pensi all'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998) è stato strumentale per valorizzare la funzione propria della giurisdizione esclusiva (nella quale rientra la materia di cui ci stiamo occupando) come giurisdizione piena del giudice amministrativo, intesa non soltanto come cognizione piena sul fatto per la verifica del corretto esercizio della funzione pubblica, bensì anche, per il profilo decisorio, come possibilità di rendere pronunce davvero soddisfattive dell'interesse del ricorrente, in conformità al principio di pienezza ed effettività della tutela, di cui all'art. 1 c.p.a., quale corollario degli artt. 24, 103, 111 e 113 della Costituzione^[34].

Più in particolare, l'eccezionalità dei poteri decisorii che nel caso di specie sembrano riconosciuti, *ope legis*, al giudice amministrativo, paiono potersi giustificare proprio

valorizzando il precetto di cui all'art. 113, comma 2 della Costituzione che impone di non limitare le forme di tutela giurisdizionale avverso l'esercizio scorretto della pubblica funzione, a garanzia della completa soddisfazione della pretesa fatta valere in giudizio dalla parte vittoriosa.

Norma che, tuttavia, non va interpretata nel senso di consentire, in ogni caso, dunque, incondizionatamente, una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile contro l'atto amministrativo, spettando al legislatore il compito di regolarne modi di esplicazione ed efficacia (così testualmente, Corte Cost., 25 giugno 2019, n. 160).

E ciò con un evidente recupero del basilare e invalicabile principio di legalità ordinamentale.

Pertanto, se è vero che nella giurisdizione piena si assiste a un ampliamento tanto dei poteri cognitori quanto dei poteri decisorii del giudice amministrativo, in ragione della concentrazione di una tutela potenzialmente esaustiva per la posizione soggettiva lesa dall'esercizio illegittimo della funzione, ciò non può avvenire *ad libitum*, non potendo farsi del giudice un organo *legibus solutus*, ricadendo altrimenti nel vizio del giudice- regolatore o amministratore, che dir si voglia.

6. Analisi delle motivazioni addotte dal GA a sostegno della propria decisione.

A sostegno della decisione assunta, il giudice amministrativo non si è limitato a valorizzare l'interpretazione meno rigorosa dell'art. 122 c.p.a., di cui si è ampiamente detto, ma ha giustificato la spendita dei propri poteri in relazione alla regolazione degli effetti del contratto, sfruttando le maggiori potenzialità degli effetti conformativi della propria pronuncia sul riesercizio della funzione pubblica, conseguenti alla (pacificamente riconosciuta) autonomia degli effetti costitutivi dell'assetto d'interessi derivanti dalla pronuncia d'inefficacia del contratto rispetto all'annullamento dell'aggiudicazione.

La soluzione cui il giudice amministrativo è giunto è senza dubbio innovativa perché, nella regolazione degli effetti del contratto, ha disposto la conservazione dello stesso per il tempo presuntivamente necessario alla riedizione della procedura di gara, reputando che nel bilanciamento degli interessi in gioco, ai fini della declaratoria d'inefficacia del contratto, l'interesse strumentale del ricorrente vittorioso potesse essere ragionevolmente bilanciato con quello della continuità di un servizio essenziale, oggetto del contratto illegittimamente aggiudicato.

Se la soluzione cui il G.A. è giunto potrebbe essere condivisibile, qualche dubbio è lecito sollevare sul percorso motivazionale dal medesimo dispiegato.

In particolare, si ritiene opinabile un primo presupposto motivazionale cui il giudice amministrativo ha fatto impiego nell'argomentare la propria tesi, spendendolo quasi in sordina, con un *obiter dictum*. Ebbene, il GA sembra aver fondato (o per lo meno voluto rafforzare) la propria decisione, muovendo da un recente arresto dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, del 22 dicembre 2017, n. 13, con cui si è giunti a riconoscere, in via generale, la possibilità per il giudice amministrativo di disporre degli effetti conformativi dell'accoglimento del ricorso, seppure per derogare all'effetto retroattivo dell'annullamento.

Principio, questo, su cui la dottrina^[35] ha speso rimarchevoli argomenti critici, non potendo essere accettato *ad libitum* posto che l'effetto retroattivo della sentenza di annullamento resta una regola fondamentale dello Stato di diritto, quale esplicazione dello stesso principio di legalità.

Sebbene tale presupposto motivazionale, pur utilizzato incidentalmente e a corollario della tesi poi dispiegata non pare condivisibile, si ritiene che il medesimo comunque non vizi la soluzione finale cui il giudice è addivenuto per una semplice ragione, dirimente, data dal fatto che il richiamo del principio generalmente posto dalla Plenaria, se non inconfidente, appare comunque *inutiliter datum* perché, nel caso di specie, è la legge stessa ad autorizzare l'esercizio di poteri peculiari in capo al GA. Tale richiamo, pertanto, appare, se non pertinente, comunque non rilevante ai fini del *decisum*.

Diversamente, sembrerebbe più corretto insistere sulla specialità dei poteri riconosciuti al Giudice amministrativo dagli artt. 121 e soprattutto 122 c.p.a. cui, *ope legis*, gli è consentito di modulare gli effetti dell'inefficacia del contratto, sul presupposto dell'autonomia degli effetti dell'annullamento rispetto alla sorte del contratto. E di tanto si è detto.

Rilevante pare, inoltre, la lettura in combinato disposto di cui all'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. e all'art. 122 c.p.a., operata dal giudice amministrativo. E qui la valenza novativa della pronuncia.

Partendo dal presupposto che tale ultima disposizione normativa legittimi la regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, con effetti costitutivi dell'assetto d'interessi ulteriori e non meramente dipendenti dall'annullamento, il GA è giunto a ritenere che la natura generale e atipica dell'azione cui all'art. 34, comma 1, lett. e) sia idonea a potenziarne l'efficacia, ampliando la valenza costitutiva della pronuncia a garanzia dell'effettività della tutela.

E ciò innanzitutto perché la dichiarazione d'inefficacia del contratto - e il conseguente potere di regolazione della decorrenza dei suoi effetti - quale conseguenza della decisione di annullamento dell'aggiudicazione, può essere intesa come effetto ulteriore, complementare e conformativo, della sentenza costitutiva di annullamento dell'aggiudicazione^[36].

Di poi, il richiamo all'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.^[37], in riferimento a una azione di cognizione e non di ottemperanza, impone, come noto, una valutazione più complessa in rapporto ai poteri spettanti al giudice, avendo questa disposizione, nel suo contenuto generale e atipico, le potenzialità per amplificare gli effetti di una pronuncia di annullamento, consentendo al giudice di esplicitare nel dispositivo della sentenza non solo gli effetti ripristinatori, bensì e soprattutto quelli conformativi. Sebbene questa resti, in generale, una mera facoltà del giudice.

Tale norma di legge, infatti, nell'attribuire a una sentenza di annullamento (o anche di condanna) ulteriori effetti finalizzati a garantire l'efficacia pratica di una sentenza di accoglimento del ricorso, valevoli in particolar modo per la tutela di interessi legittimi pretensivi, implica il riconoscimento di poteri atipici atti a integrare e rafforzare il contenuto della tutela costitutiva^[38].

L'atipicità delle misure attuative di cui all'art. 34, comma 1, lett. e), inoltre, varia a seconda del diverso grado di penetrazione dello scrutinio di legittimità concesso, nel singolo caso, al giudice amministrativo; pertanto tali misure potrebbero concretizzarsi o in puntualizzazioni del modo di esercizio del potere amministrativo o in misure soddisfattive sulla spettanza del provvedimento richiesto.

Tuttavia, proprio con riferimento a tale ultimo profilo, il richiamo ai poteri di cui all'art. 34, comma 1, lett. e) c.p.a. è a volte ritenuto ridondante, in particolare nel caso in cui il giudice sia legittimato a usare i poteri ben più penetranti di cui all'art. 34, comma 1, lett.c), c.p.a. o legittimato a condannare la p.a. a un *favere* specifico^[39].

Diversamente, la norma sembrerebbe avere maggiore capacità d'incidenza proprio nelle ipotesi in cui residui in capo alla p.a. un più o meno ampio margine di discrezionalità nel riesercizio della funzione, tale per cui la misura attuativa si concretizzerebbe in una maggiore specificazione dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento, alla stregua di misure complementari o piuttosto di prescrizioni esecutive dell'effetto conformativo, con efficacia più o meno stringente sul riesercizio della funzione.

E tale sembrerebbe essere il caso di specie, in cui il G.A. ha voluto rafforzare gli effetti conformativi della sentenza costitutiva di annullamento, adottando una statuizione di completamento dell'annullamento dell'aggiudicazione, senza per questo assumere misure di carattere sostitutivo, non legittimate, né esprimere un giudizio sul merito.

Ipotesi, che sembrerebbe consentita nel caso di specie perché tipizzata (*recte*, nominata) nella fattispecie normativa in esame (art. 122 c.p.a.), sebbene la stessa, nell'individuazione dei presupposti normativi legittimanti tale potere presenti un contenuto alquanto indeterminato; di qui, l'atipicità del modo di esercizio, in concreto, della funzione giurisdizionale e degli effetti conformativi incidenti sul potere pubblico. Atipicità che, in alcuni casi, potrebbe lasciar interdetti nel modo in cui si dia concreta applicazione del disposto normativo.

7. Brevi considerazioni conclusive.

Alla luce dell'indagine svolta sembrerebbe che, nel caso di specie, il giudice amministrativo abbia cercato di esercitare quei peculiari poteri che la norma di legge gli attribuisce, particolarmente incisivi, districandosi in un delicato e spesso fragile equilibrio fra rispetto delle regole del processo amministrativo come processo di parti e divieto di sostituirsi all'amministrazione nella cura dell'interesse pubblico prevalente.

Sembrerebbe che il medesimo si sia sforzato di compiere una valutazione il più possibile obiettiva, neutrale, in conformità a quei parametri normativi che, pur con tutti gli evidenziati limiti, la norma pone, perseguendo il fine indicato dalla norma di legge (art. 122 c.p.a.), ossia la valutazione dell'interesse pubblico del caso concreto, che passa attraverso la migliore (*recte*: efficace e contestuale) conformazione possibile della misura di tutela delle ragioni del privato, così come fatte valere in giudizio, con le ragioni d'interesse pubblico che, come detto, non si esauriscono nell'interesse dell'amministrazione precedente.

Peculiari poteri del giudice amministrativo che, si ribadisce, trovano una giustificazione, in via del tutto eccezionale, nei limiti in cui hanno espressa previsione nella disposizione di legge, che sembrerebbe riconoscere al giudice amministrativo una giurisdizione piena, quale giudice di merito[40], nei termini in cui sopra si è detto.

Pertanto, la complessa lettura sistematica della normativa in esame, sembrerebbe non consentire di escludere a priori un'interpretazione estensiva della stessa, sebbene questo comporti un ampliamento dei poteri cognitori e decisorii dell'organo giudicante, senza per questo farli ricadere in una cognizione di opportunità amministrativa[41].

È anche vero, però, che tali poteri sono apprezzabili nei limiti in cui valorizzano le complesse finalità sottese alla normativa in esame, non solo pro-concorrenziali ma anche d'interesse generale, garantendo ad esempio una tutela più ampia al ricorrente stesso, considerando, nell'economia dell'azione amministrativa, per come dispiegata, anche l'interesse strumentale[42] alla riedizione della gara, inteso come effettiva possibilità per quest'ultimo di conseguire il bene della vita, bensì anche ampliando i poteri di regolazione della decorrenza degli effetti d'inefficacia del contratto a tutela dell'esecuzione di un servizio fondamentale, non solo per l'amministrazione, ma per la collettività.

Con riferimento al caso di specie, pertanto, il giudice amministrativo sembrerebbe aver rispettato la propria posizione di terzietà e imparzialità, garantendo comunque un equilibrio fra rispetto del principio dispositivo e, al contempo, del merito amministrativo, pur nell'esercizio di poteri speciali che la normativa in esame gli consente di esercitare, attraverso un'inedita regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, decorrenti non rigorosamente *ex nunc ex tunc*, ma temporalmente condizionati al riesercizio della funzione da parte della p.a. o comunque al rispetto di un termine dilatorio dal medesimo individuato presumibilmente in base a parametri di proporzionalità e ragionevolezza rispetto alla gravità del vizio e alla complessità della procedura di gara da ripetere.

Tuttavia, si è anche cercato di evidenziare che il rischio cui ci si espone nel riconoscere, o peggio nello sdoganare incondizionatamente tale *modus procedendi* nell'esercizio della funzione giurisdizionale, è quello di un possibile uso improprio – dunque patologico – di tali poteri, che potrebbe inverarsi o attraverso una tendenziale oggettivazione delle forme di tutela[43] o mediante l'espressione di giudizi equitativi o di mera opportunità politica, come tali non consentiti, costituendo, ciascuno di essi, derive improprie che trasformerebbero il processo amministrativo da dispositivo in dirigistico e il giudice in un amministratore del rapporto contrattuale.

Il problema di fondo che sembra emergere dal riconoscimento di siffatti poteri, specie se non ancorati a elementi normativi sufficientemente determinati (come sembra essere proprio il caso dell'art 122 c.p.a.) o piuttosto legati a clausole generali o a elementi che comportano un giudizio di tipo valoriale altamente opinabile, è quello di lasciare all'ampia discrezionalità del giudice l'individuazione della “regola del caso concreto” con evidente estensione degli spazi interpretativi prima, e decisorii poi, con conseguente grave lesione della certezza del diritto[44], intesa in termini di prevedibilità della decisione in linea con le esigenze di uniformità e di uguaglianza sostanziale.

Alla luce di questo filone interpretativo, dunque, sarebbe forse opportuno tornare a chiedersi se *Juger l'Administration c'est encore administrer* per prenderne immediatamente le distanze, in

quanto questa prospettiva di pensiero ci riporterebbe indietro nel tempo, minando quella cultura del processo amministrativo come luogo neutrale di tutela del singolo nei confronti del potere pubblico^[45], che inevitabilmente passa dalla valorizzazione dei limiti che il principio di legalità^[46] pone all'interprete.

Purtuttavia, ferme queste ultime considerazioni, si ritiene, con riferimento alla fattispecie di cui è causa, che tale *modus procedendi* non possa essere condannato a priori, trovando fondamento e giustificazione nella specialità dei poteri che il legislatore ha eccezionalmente attribuito al giudice amministrativo nella suddetta materia e, soprattutto, nella lettera stessa della legge^[47], nella disposizione normativa per come formulata, la quale forse dovrebbe essere il vero oggetto della contestazione se si ritiene che violi il fondamentale principio della separazione dei poteri, ipotesi, tuttavia, come ricordato, proprio di recente esclusa dalla stessa Corte di Cassazione.

Concludendo, dovrebbe rimarcarsi l'eccezionalità della richiamata fattispecie normativa, se non ci si volesse spingere sino a evidenziarne l'anomalia sistematica della stessa o piuttosto la sua illegittimità costituzionale per via di un evidente difetto di formulazione della medesima, presentandosi largamente indeterminata specie lì dove rimette al giudice amministrativo la valutazione degli interessi di parte, non potendo, l'impervio cammino del riconoscimento di poteri di giurisdizione piena del giudice amministrativo, legittimare "deleghe in bianco" a favore dell'organo giudicante, così ergendolo a giudice-regolatore del caso concreto, promuovendo prassi poco ortodosse di occasionalismo giurisprudenziale^[48].

[1] E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 – 124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2010, 1 ss.

[2] Cass. Civ., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901; Id., 1 agosto 2002, n. 11427, ma anche Cons. Stato. Sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570. Per una ricostruzione delle tesi elaborate dalla dottrina prima del codice del processo amministrativo, cfr.: V. Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1195; V. Lopilato, *Vizi della procedura e patologie contrattuali*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 1521; M. Monteduro, *Invaldità del contratto*, in *Repertorio degli appalti pubblici*, L.R. Perfetti (a cura di), II, 2005, 829 ss; Id., *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale «svolta» della giurisprudenza tra luci e ombre*, in *Foro amm. Tar*, 2002, 2591; E. Sticchi Damiani, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 3719 - 3728; A. Cianflone - G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, XII ed., II, Milano, Giuffrè, 2012; M. Pisano, *Annullamento dell'aggiudicazione e regime d'invalidità del contratto di appalto*, in www.filodiritto.it, 6 maggio 2008.

[3] Cons. Stato, sez. V, n. 1518/2003; Cons. Stato, sez. VI, n. 2332/2003. Sulla qualificazione della caducazione automatica come forma d'inefficacia sopravvenuta: Cons. stato, sez. V, n. 3465/2004. Per una critica alla suddetta tesi: F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. Tar*, 2007, 283.

[4] F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017.

[5] M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*, in www.federalismi.it, 2010.

[6] M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"*, cit.

[7] E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 – 124 del codice del processo amministrativo*, cit.; M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"*, cit.; F. Cintioli, *In difesa del processo di parti. (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it, 2 marzo 2010.

[8] V. Lopilato - R. Tuccillo, *Effetti delle decisioni giurisdizionali sul contratto*, in *Trattato sui contratti pubblici*, tomo V, Milano, 2019, 852 ss.; V. Lopilato, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal d.lgs. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1326 ss.; M. Fracanzani, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere d'impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in *Diritto della regione, Regione Veneto*, 2010, 37 - 48.

[9] F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

[10] Sulla distinzione fra inefficacia in senso lato e inefficacia in senso stretto nella dottrina civilistica, cfr.: S. Pugliatti, *I fatti giuridici*, revisione e aggiornamento di A. Falzea, con prefazione di N. Irti, Milano, Giuffrè, 1996. Per una ricostruzione dell'inefficacia, come categoria giuridica: V. Lopilato - R. Tuccillo, *Effetti delle decisioni giurisdizionali sul contratto*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 860 ss.

[11] E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 - 124 del codice del processo amministrativo*, cit.

[12] M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"*, cit.; E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2011, 240 ss.

[13] Cons. Stato, parere reso in commissione speciale, 1 febbraio 2010, n. 368. F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustiziaamministrativa.it.

[14] E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 - 124 del codice del processo amministrativo*, cit.; il quale sottolinea la specialità dei poteri riconosciuti al G.A. in relazione alla dichiarazione di inefficacia del contratto quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione; nonché: F. Cintioli, *In difesa del processo di parti*, cit.

[15] Più in generale sulle recenti modifiche al rito appalti: M. Lipari, *Il nuovo rito appalti nel decreto legge 16 luglio 2020, n. 76*, in *l'amministrativista*, 22 settembre 2020; *Ibidem* M.A. Sandulli, *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, 4 giugno 2020.

[16] P. Carpentieri, *Sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it

[17] M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"*, cit.; E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., in particolare 263 ove P.A. parla di «potere sostanzialmente di merito limitato dal solo parametro della ragionevolezza»; ma altresì V. Cerulli Irelli, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 L. n. 88/2009 (presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati l'11 febbraio 2010)*, in Giustamm.it, 2/2010.

[18] R. Caponigro, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

[19] F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2020, 1097 ss.; Id., *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. Tar*, 2007, 797 ss.; E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo*, cit.; A. Police, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. Scoca (a cura di), Torino, III° ed. 2009 e oggi VIII° ed., 2020, 126 ss.; Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001.

[20] Così M. Trimarchi, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati*, in *Persona e amministrazione*, 2/2018; Id., *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018.

[21] L. R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *Persona e amministrazione*, 2/2018; *Ibidem*: A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*. Più in generale, sull'intensità del sindacato giurisdizionale del G.A. può vedersi l'intera sezione monografica del richiamato numero della rivista.

[22] In tal senso: E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 - 124 del codice del processo amministrativo*, cit.;

[23] Si ricordano le note pronunce del Cons. Stato, Ad. Pl., nn. 4 e 5/2015, su cui cfr.: A. Travi, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Foro it.*, 5/2015, 286 ss.; E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.* 2015, 2192 ss. Più in generale sui temi: Aa.V.v., *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazza*, F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2017; G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889 ss.; Id., *Motivazione del provvedimento e*

giudizio sul rapporto: derive e approdi, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235; A. De Siano, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2020, 59 ss.

[24] Su questi temi, da ultimo: M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria fra procedimento e processo*, in *Des* 2/2020, 195 ss.

[25] Cass. Civ., sez. un., 22 marzo 2017, n. 7295.

[26] In particolare, possono citarsi: Tar Lazio, sez. II ter, 24 dicembre 2019, n. 14851; Cons. Stato, 24 luglio 2020, n. 3311.

[27] Cfr. Cons. Stato, n. 1032/2018; Cons. stato, n. 4369/2014; Cons. Stato, n. 4585/2015.

[28] Sulla distinzione: G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020.

[29] Ad es. cfr. T.r.g.a., Sez. autonoma Bolzano, n. 43/2021.

[30] Sui temi, sia consentito rinviare a: R. Dagostino, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, 2020.

[31] A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, cit.

[32] Stessa considerazione potrebbe farsi anche per la disciplina della c.d. *class action* pubblica. Sui temi: A. Police, *Le forme della giurisdizione*, cit.

[33] G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, 505 ss.

[34] A. Police, *Le forme della giurisdizione*, cit., 126 ss., 133 ss.

[35] R. Di Pace, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, 1273; C.E. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2012, 280 ss.; *Ibidem*, A. Giusti, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, 293 ss; A. Cassatella, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria? Nota a Cons. Stato, ad. pl., 22 dicembre 2017, n. 13*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, 1134 ss. Sebbene oggi si riconosca un temperamento a tale regola, non rivelandosi assoluta, è anche vero che si tende a circoscrivere le ipotesi in cui la decorrenza retroattiva degli effetti della pronuncia di annullamento può non prodursi. Tali sono: a) *factum infectum fieri nequit*; b) quando è nell'interesse del ricorrente che l'annullamento non comporti la retrodatazione totale o parziale degli effetti; c) il giudice valuti che gli effetti *ex tunc* dell'annullamento si rivelino lesivi dell'interesse del ricorrente. Sul punto: E. Follieri, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, F. G. Scoca (a cura di), Torino, 2020, 190 ss. e in particolare 195.

[36] E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 – 124 del codice del processo amministrativo*, cit.

[37] *Commento all'art. 34 c.p.a.*, in *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), Wolters Kluwers - Cedam, Vicenza, 2020.

[38] A. Giusti, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 214 ss.

[39] *Commento all'art. 34 c.p.a.*, in *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, cit.

[40] Così, acutamente: A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, 277 ss. in cui l'A. dimostra come «questo tipo di cognizione... non ha nulla a che vedere con le valutazioni di opportunità o di merito amministrativo; il giudice di merito, infatti, non opera scelte discrezionali, né effettua ponderazioni d'interessi che siano alternative .. da quelle effettuate dalla pubblica amministrazione», nonché facendo riferimento proprio all'art. 122 c.p.a., quale ipotesi eccezionale prevista dalla legge, di attualità della giurisdizione di merito nel senso sopra chiarito di piena giurisdizione, si giustifichi proprio «nei casi in cui eccezionalmente si rende necessaria una contestualità tra la tutela delle situazioni d'interesse legittimo dei privati e la tutela delle ragioni dell'interesse pubblico».

[41] A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, cit., 272.

[42] Sulla rilevanza dell'interesse strumentale e sull'autonomia della tutela riconoscibile a tali situazioni giuridiche soggettive, purché non emulative, diverse dal bene vita finale cui il ricorrente aspira: Cons. Stato, Ad. pl., 11 maggio 2018, n. 6; bensì anche Corte Cost., (sent.) 13 dicembre 2019, n. 271.

[43] Tale effetto patologico sembra, invece, essersi concretizzato proprio in una pronuncia di poco antecedente, emessa dallo stesso organo giudicante (Tar Lazio, sez. II ter, 24 dicembre 2019, n. 14851), in cui il G.A., sebbene abbia speso le medesime argomentazioni, sembra aver piegato la logica della funzionalizzazione della dichiarazione di inefficacia del contratto a ragioni di tutela meramente oggettive, mosse dalla evidente finalità di ripristinare la legalità violata, scavalcando il principio della domanda e della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, ex art. 112 c.p.c.. Sul tema, cfr.: M. Condorelli, *Rinnovazione della gara e inefficacia "condizionata" del contratto di appalto*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, 399 ss.

[44] Aa.Vv., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, F. Francario – M.A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2018; G. Tropea, *(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo (riflessioni a margine di V. Omaggio, Saggio sullo Stato costituzionale, Torino 2015)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 3, 1063-1118; ID., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo "interno" ed "esterno" tra Corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1244 ss.; M.A. Sandulli., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 3, 2018, 45 ss.

[45] A Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018.

[46] M. A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto fra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, al sito www.federalismi.it, 6 dicembre 2017

[47] In particolare si allude all'art. 122 c.p.a. nella parte in cui prescrive al G.A. di «tenere conto, in particolare, degli interessi delle parti».

[48] M. Betzu, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. publ.*, 1/2017, 41 ss.; M. Luciani, *Funzione e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3824 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2010 – 3 novembre 2021

Principi e regole dell'istruttoria in appello e intellegibilità della decisione giudiziaria. A proposito di una sentenza "oscurata" (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021 n. 5560)

di Raffaella Dagostino

Sommario: 1. Il caso. – 2. Gli "omissis" in sentenza a tutela della privacy. – 3. La ricostruzione del fatto nel processo: del principio dispositivo con metodo acquisitivo. – 4. Il divieto dei *nova probatori* in appello e le sue deroghe. – 5. Della paventata illegittimità costituzionale del combinato disposto di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a. e art. 104, commi 1 e 2, c.p.a.: l'incomprensibilità delle ragioni giuridiche dedotte dall'appellato a sostegno della propria tesi. – 6. Ricostruzione del *thema probandum* e trasparenza decisoria. Ovvero: della valenza epistemologica della motivazione a sentenza.

1. Il caso.

Il Sig. Tizio, militare della Guardia di Finanza, agiva in giudizio dinanzi al T.A.R. Friuli Venezia Giulia chiedendo l'annullamento del provvedimento con cui era stata respinta la propria domanda di trasferimento in altra sede, adducendo l'illegittimità del provvedimento: *i)* per difetto di motivazione, in violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, eccesso di potere, difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifestata, essendo state utilizzate – a suo dire – mere formule di stile incapaci di comprovare le effettive ragioni poste alla base del diniego; *ii)* nonché per violazione dell'art. 24 della Costituzione e difetto di motivazione, per avere, l'Amministrazione, stilato la graduatoria finale di merito e, di conseguenza, motivato il rigetto della istanza, facendo esclusivo riferimento – si ipotizza,

essendo questa parte della sentenza omessa, per ragioni di privacy – a pregresse vicende penali che avevano visto coinvolto il ricorrente.

L'amministrazione intimata non si costituiva nel giudizio di primo grado e il T.A.R. Friuli Venezia Giulia accoglieva i motivi del gravame, intimando l'Amministrazione a rideterminarsi in merito alla domanda di trasferimento presentata dal ricorrente.

Proponeva, dunque, appello, con contestuale domanda cautelare di sospensione della sentenza di primo grado, il Ministero dell'Economia e delle Finanze – Comando Generale della Guardia di Finanza, articolando un solo complesso motivo di gravame, proteso a dimostrare l'erronea valutazione degli atti di causa e l'avvenuta invasione della sfera discrezionale dell'Amministrazione, da parte del Giudice di *prime cure*.

Nel ricorso in appello, pertanto, l'Amministrazione forniva precisazioni sui fatti controversi, meglio argomentando le ragioni del diniego, sostenendo che le medesime sarebbero state intelleggibili *per relationem*, alla luce di analoghi pareri espressi dai Comandanti di corpo, bensì anche mediante la proposizione d'istanza di accesso agli atti.

Si difendeva in giudizio l'appellato, chiedendo il rigetto dell'appello, eccependo l'inammissibilità delle nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio, sollevate dall'Amministrazione in appello, ai sensi dell'art. 104, comma 1, c.p.a., nonché l'inammissibilità della produzione documentale, depositata per la prima volta nel giudizio d'appello, ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a.

In subordine, poi, si sollevava questione di legittimità costituzionale degli art. 46, comma 2, c.p.a. e art. 104, commi 1 e 2, c.p.a. per contrasto con gli art. 3, 24 e 111, commi 1 e 2 della Costituzione.

2. Gli “*omissis*” in sentenza a tutela della *privacy*.

La controversia verte essenzialmente sulla definizione dei limiti dei *novapro* in appello^[1] e porta, indirettamente, il Consiglio di Stato a ripercorre le regole e i principi che governano l'istruttoria in sede processuale, ricostruendo poteri e limiti delle parti processuali e, pertanto, dello stesso organo giudicante.

Tuttavia, prima di addentrarsi nel merito della *querelle*, l'interprete non può evitare di imbattersi in un'altra problematica, direttamente afferente all'oggetto del contendere, sebbene non al *thema decidendum*, meritevole di attenzione per via delle ricadute pratiche che essa comporta sulla “qualità della giustizia”, intesa non semplicemente in termini di effettività della tutela giurisdizionale, piuttosto di accessibilità, anche da parte di soggetti terzi, alla decisione giurisdizionale, quale presidio minimo a tutela della democraticità della giustizia, *ex* art. 101, comma 1, Cost.^[2], correndo un sottile filo rosso fra motivazione della sentenza e certezza del diritto^[3].

Si allude alla delicata questione dell'oscuramento di dati e informazioni sensibili presenti in sentenza, a tutela della *privacy* di quella parte processuale, direttamente interessata, che ne faccia espressa richiesta e, di conseguenza, del delicato equilibrio che deve necessariamente

assicurarsi fra tutela del diritto alla riservatezza^[4] ed esigenze di trasparenza e pubblicità del processo.

Come noto, la problematica gemma dalla corretta applicazione degli art. 51 e 52 del d.lgs. n. 196/2003 vigente, che disciplinano, specificatamente, le modalità di trattamento dei dati personali in ambito giudiziario, con particolare riferimento alla possibilità di divulgazione all'esterno delle pronunce giurisdizionali che tali dati riportano, per finalità di informazione e di informatica giudiziaria^[5].

Le disposizioni in esame, per la verità, pongono il diritto all'informazione e, dunque, alla trasparenza decisoria, e il contrapposto diritto all'oblio, all'anonimato, alla riservatezza, in un rapporto di regola – eccezione, potendo la segretezza dei dati prevalere sulla diffusione dell'informazione giuridica, solo nel caso in cui sussistano “motivi legittimi” che rendano opportuno il diritto all'anonimato^[6], oppure esigenze di tutela dei diritti e della dignità del soggetto^[7].

In questi casi generalmente grava sul soggetto interessato l'onere di specificare i motivi che legittimerebbero l'oscuramento dei dati e, di conseguenza, sull'organo giudicante il poterdovere di vagliarne la legittimità, da intendersi come meritevolezza delle ragioni e non semplicemente come conformità ad una facoltà prevista dalla legge (art. 52, commi 1 e 2, prima parte del Codice della *privacy*).

La disposizione, tuttavia, prevede altresì che nel caso in cui ricorrano esigenze di tutela dei diritti e della dignità del soggetto, il giudice, pur in assenza d'istanza, possa procedere anche d'ufficio all'oscuramento dei dati (art. 52, comma 2, ultima parte del Codice della *privacy*).

Le richiamate disposizioni, dunque, distinguono, per il profilo procedimentale, due subipotesi di “oscuramento” facoltativo dei dati: uno ad istanza di parte, ossia a richiesta del soggetto interessato, l'altro disposto d'ufficio dall'organo giudicante.

In entrambi i casi, dunque, è rimesso all'organo giurisdizionale il vaglio della meritevolezza delle ragioni poste a fondamento dell'istanza o dell'esigenza di tutela della riservatezza, essendo stata formulata, la disposizione normativa, in maniera indeterminata, avendo previsto nel primo caso, una clausola generale (“motivi legittimi”) e, nel secondo, una fattispecie aperta, visto il generico riferimento ai diritti oltre che alla dignità della persona.

Pertanto, si lascia all'organo giudicante il delicato compito di effettuare la valutazione in concreto, dovendo Egli operare un bilanciamento fra esigenze di riservatezza del singolo e di tutela della generale conoscibilità dei provvedimenti giurisdizionali e del contenuto integrale delle sentenze, quale strumento di democrazia e informazione giuridica.

Valutazione che, ad ogni modo, comporta un giudizio di proporzionalità fra i due parametri in comparazione, rimesso all'organo giudicante, per nulla scontato, per via della discrezionalità che lo connota.

Il problema che si pone, in realtà, come noto, è duplice: sia “di merito”, legato alla sostanziale definizione dell'ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni normative, dovendosi concretamente individuare i dati e le informazioni passibili di oscuramento^[8]; sia operativo,

ponendosi, spesso, la non secondaria questione dei limiti e delle modalità di anonimizzazione dei dati e delle informazioni dei soggetti interessati.

Profilo, quest'ultimo, non trascurabile, perché spesso foriero di applicazioni improprie, se non del tutto arbitrarie e fuori luogo della disciplina normativa^[9], che piuttosto che garantire un adeguato livello di tutela della riservatezza del singolo, hanno come diretta conseguenza quella di minare l'intelligibilità intrinseca della pronuncia.

Accade – come nel caso in esame – che, contrariamente a quanto disposto dalla normativa di legge, ad essere oscurate non sono solo le generalità o i dati sensibili del singolo, piuttosto i riferimenti normativi, i principi espressi in altre pronunce richiamate in sentenza, i dati identificativi delle pronunce stesse e, addirittura, le ragioni giuridiche esplicate dalle parti a sostegno della propria domanda, oggetto di giudizio.

L'indiscriminato e irrazionale oscuramento di parti della sentenza, dunque, non solo è illegittimo, perché non giustificato dalla legge, essendo un oscuramento di questo tipo ammissibile solo nei casi di cui all'art. 52, comma 5, del Codice della *privacy*, ma è altresì illecito nei limiti in cui non semplicemente renda difficoltosa la lettura della sentenza, piuttosto criptico e inaccessibile l'iter logico e argomentativo che sorregge la decisione giudiziaria, a maggior ragione quando vengano oscurate le ragioni giuridiche poste a fondamento della domanda, prima, e di conseguenza, della decisione.

Infatti, l'impressione che immediatamente si ha, è quella di una decostruzione del ruolo decisorio della sentenza che scissa dalla ricostruzione dei fatti di cui è causa e privata inopinatamente della completezza e logicità della sua argomentazione diviene, agli occhi di chi la legge, mera erudizione giuridica, esercizio di scienza nella riproposizione di principi giuridici sparsi – perché a tratti oscurati – non puntualmente agganciati al *thema probandum*, nonché baluardo di *arcana imperii* allorché la tecnica dell'oscuramento celi la verità della motivazione, o per meglio dire, le “vere” ragioni della decisione^[10].

A essere compromessa, dunque, è la funzione extraprocessuale della (motivazione a) sentenza, che permette *ai più* di comprendere come la fonte normativa sia stata attuata^[11].

3. La ricostruzione del fatto nel processo: del principio dispositivo con metodo acquisitivo.

Entrando nel merito della vicenda processuale, un primo profilo meritevole di attenzione è quello della puntuale definizione del ruolo delle parti e del giudice nella fase istruttoria, avendo la sentenza in commento ricostruito, per linee generali, i principi che governano l'istruttoria^[12] nel processo amministrativo e, in particolare, gli oneri probatori gravanti sulle parti, in ragione della «loro disponibilità» probatoria.

Partendo dall'esame degli art. 63, 64 e 65 c.p.a. il Consiglio di Stato ripercorre, in maniera apparentemente piana, i principi e le regole che governano l'istruttoria nel processo amministrativo, soffermando subito l'attenzione sul modello processuale delineato nelle disposizioni codicistiche che, come noto, hanno recepito il tradizionale orientamento giurisprudenziale con cui si era definito il modello istruttorio nel processo amministrativo

come modello intermedio, tra quello dispositivo puro e quello inquisitorio puro, ossia c.d. dispositivo con metodo acquisitivo.

L'apparente linearità dell'argomentare, tuttavia, è, sin dalle prime righe della parte motiva della sentenza, incrinata dal sospetto che nel ripercorrere le regole che governano l'istruttoria nel processo amministrativo, l'organo giudicante sia piuttosto interessato a una ricostruzione dell'interpretazione normativa *ex parte iudicis*, non essendo celato l'intento di definire, in positivo, quali poteri istruttori siano esercitabili dal giudice amministrativo, restando quasi sullo sfondo gli oneri probatori gravanti sulle parti processuali.

E invero, partendo proprio dall'analisi del dato normativo (art. 64, comma 3 e 65, commi 1 e 3 c.p.a.) il Consiglio di Stato si sofferma sulle peculiarità del modello istruttorio nel processo amministrativo puntualizzando come, generalmente, l'onere della prova si atteni nel più sfumato onere del principio di prova.

L'attenuazione del rigore probatorio, chiaramente giustificata dalla sussistenza di incolmabili asimmetrie già presenti sul piano sostanziale fra le parti^[13], poi coinvolte nella controversia, legittima un potere di soccorso istruttorio da parte del giudice, a sostegno di quella parte che, senza sua colpa, non sia stata in grado di fornire la prova dei fatti dedotti.

L'esercizio di poteri istruttori da parte del Giudice, quindi, si giustifica per la necessità di riequilibrare la sostanziale disparità fra le parti, nel giudizio.

È, infatti, principio consolidato che vi sia una sostanziale differenza fra la regola probatoria posta dall'art. 2697 c.c. e quella di cui all'art 64, comma 1, c.p.a. in quanto, nel processo amministrativo deve riconoscersi una certa flessibilità nella definizione dei criteri di riparto dell'onere della prova, non essendo quelli cristallizzati in uno schema precostituito e astratto, piuttosto calibrati sul principio della vicinanza, o disponibilità, se si preferisce, della prova^[14].

Pertanto, grava sulle parti l'onere di allegare i fatti da provare, in maniera sufficientemente circostanziata e precisa, così da definire puntualmente non solo il *thema decidendum*, bensì anche il *thema probandum*, essendo consentito al giudice, nel rispetto dei suddetti limiti, di disporre d'ufficio l'acquisizione di prove che, secondo il suo prudente apprezzamento, ritenga necessarie o utili per la definizione della controversia. Senza che questo legittimi un'attività istruttoria suppletiva o surrogatoria dell'organo giudicante rispetto a quella incombente sulle parti, bensì un'attività complementare e meramente integrativa.

Tali regole, prosegue il Consiglio di Stato, sono formalmente valide sia nei contenziosi vertenti sugli interessi legittimi, sia su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, in cui sussiste una stretta interconnessione fra rapporto paritario e rapporto autoritativo, dunque fra potere e situazione giuridiche soggettive, restando identiche le regole processuali in materia di poteri istruttori del giudice amministrativo per i vari tipi di giurisdizione.

Tuttavia, non si manca di precisare che, per questa seconda ipotesi, l'onere del principio di prova vada valutato con particolare rigore, in relazione ai fatti che rientrino nell'effettiva disponibilità della parte attrice, sia essa pubblica o privata. Sicché l'esercizio, da parte del

giudice, di poteri istruttori d'ufficio, in relazione a diritti soggettivi, anche se possibile, deve costituire *extrema ratio*.

Di conseguenza, il principio dispositivo puro può trovare applicazione nel processo amministrativo nei limiti in cui non ricorra una situazione di disuguaglianza sostanziale fra le parti, tale per cui il soggetto su cui grava l'onere probatorio, non sia in grado, senza sua colpa, di fornire la prova dei fatti, pur dedotti e allegati, non essendo quelli nella sua disponibilità.

Così riproposti tali principi, nella loro astrattezza, sono formalmente incontestabili, tuttavia ciò che traspare è il criterio-guida adottato nell'interpretazione normativa, proteso piuttosto a definire i poteri probatori del giudice e non già quelli gravanti sulle parti, che sembrano invece rimanere quasi sullo sfondo, soprattutto nella simmetria quasi piana che si tende a creare fra posizioni giuridiche distinte.

La lettura delle disposizioni normative così operata, sebbene non sia *contra legem*, perché i principi espressi non manipolano, di fatto, il dato normativo, porta però a una sostanziale inversione logica nella ricostruzione delle regole e dei principi espressi nelle richiamate disposizioni normative, a maggior ragione se letti in controluce rispetto alle regole del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost.: è il metodo acquisitivo che costituisce un temperamento al principio dispositivo dell'onere della prova, non viceversa.

Diversamente, si tornerebbe indietro, alla considerazione del Giudice amministrativo come «Signore della prova»^[15].

4. Il divieto dei *nova probatori* in appello e le sue deroghe.

Che quello paventato sia il criterio guida adottato nella conduzione dell'ermeneutica giuridica è impressione che sembra corroborarsi via via che si prosegue la lettura della sentenza. Più in particolare, l'enucleazione dei richiamati principi giuridici non sembra ispirata semplicemente a una logica di semplificazione, piuttosto a spianare la strada e a giustificare l'esercizio di poteri istruttori officiosi lì dove il dato normativo lascia maggiori margini d'incertezza, per via della indeterminatezza dei presupposti che lo consentirebbero.

Si allude alla complessa e per vero delicata questione dei *nova probatori* in appello, con particolare riferimento alla definizione del concetto d'indispensabilità della prova, di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a., da coordinarsi – secondo la diversa logica del processo amministrativo in cui il principio dispositivo è temperato dal metodo acquisitivo, con evidenti ricadute anche in appello – anche al disposto di cui all'art 46, comma 2, c.p.a. che trova applicazione anche in sede d'impugnazione, per via del richiamo interno operato dall'art. 38 c.p.a.

Innanzitutto, non ci si può esimere dal notare come, proprio questa seconda parte della motivazione a sentenza, che risulta particolarmente complessa e articolata nell'argomentare giuridico, a sostegno della non lineare e non semplice ricostruzione della portata normativa delle disposizioni in esame, risulti pesantemente compromessa nella sua comprensibilità da un oscuramento per molti versi ingiustificato, invasivo, illegittimo, prima, oltre che irrazionale. Infatti, a essere oscurate sono intere parti motivate della sentenza, sebbene

formulate in termini di richiami a principi espressi in altri precedenti giurisprudenziali, tuttavia individuati come essenziali per la ricostruzione della logica decisoria, nonché specifici richiami al testo normativo esaminato (non è mai riportata la parola «indispensabili», «indispensabilità» dei nuovi mezzi di prova).

Le questioni su cui il giudice è chiamato a esprimersi sono due e si ricavano, paradossalmente, in maniera più nitida dalle conclusioni a sentenza che non dalla sua motivazione, proprio per via delle modalità poco ortodosse con cui l'oscuramento è stato attuato: la prima, relativa alla valutazione di ammissibilità, in appello, di nuova produzione documentale da parte dell'amministrazione appellante, non costituita nel giudizio di primo grado; la seconda, relativa alla produzione in appello di nuova documentazione da parte del ricorrente - appellato.

Con particolare riferimento alla prima questione problematica, il Consiglio di Stato, con abile destrezza, ha cura di stralciare subito la fattispecie in esame dall'ambito di applicazione normativa dell'art. 104, comma 2, c.p.a. precisando che, trattandosi di atti relativi al procedimento e al provvedimento di cui è causa, l'amministrazione appellante, non costituita nel giudizio di primo grado, non può dirsi decaduta dal potere-dovere di depositare in appello tali atti, gravando sulla medesima un onere di collaborazione probatoria che non viene meno anche in appello^[16].

Tale onere, secondo un orientamento giurisprudenziale sufficientemente consolidato^[17], è generalmente fatto discendere dalla considerazione dell'amministrazione quale pubblica autorità prima ancora che come parte processuale, per cui si deduce a carico della medesima un onere di collaborazione nello svolgimento dell'attività istruttoria al fine di favorire la ricerca della verità^[18], pur riconoscendole il potere di scegliere se costituirsi o meno, secondo la strategia difensiva reputata opportuna.

Da qui, il richiamo agli art. 46, comma 2, c.p.a. e 65, comma 3, c.p.a., applicabili anche in grado di appello, qualora si verta in un giudizio impugnatorio, con possibilità per il giudice di stimolare (*recte*: ordinare) l'esibizione documentale ove l'amministrazione non vi abbia provveduto.

È noto che tali regole siano chiaramente ispirate al metodo acquisitivo e che, specie se applicate in grado di appello, connotano particolarmente l'istruttoria nel processo amministrativo, differenziando notevolmente quest'ultimo dal processo civile.

Infatti, l'applicazione di tali regole processuali anche in appello, sostanzialmente consente di introitare in giudizio il provvedimento impugnato, nonché gli atti e documenti afferenti al procedimento di cui è causa, che l'amministrazione non abbia prodotto in giudizio, ove reputati «*utili*» per la definizione del contenzioso.

La pervasività di tali poteri officiosi, riconosciuti al Giudice, dunque, è tale da legittimare finanche una sanatoria, in appello, al mancato esercizio, da parte del giudice di *prime cure*, di poteri officiosi a questi attribuiti. Pertanto, di fatto, la valorizzazione del metodo acquisitivo consentirebbe al giudice di appello un'integrazione istruttoria, quando essa abbia ad oggetto il provvedimento impugnato nonché gli atti e documenti afferenti al procedimento di cui è causa, anche nell'ipotesi in cui tale lacuna sia imputabile a un'omissione del Giudice di primo grado.

Di conseguenza, l'ammissibilità di tali prove documentali, pur se introdotte per la prima volta in appello, non si porrebbe in contrasto con il divieto dei *nova* di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a., trattandosi in definitiva, di atti per definizione indispensabili al giudizio, inverandosi una ipotesi di indispensabilità *in re ipsa* del materiale probatorio.

È evidente che tali regole trovano ancora oggi giustificazione – nonostante l'ormai pacifica implementazione del principio dispositivo nel processo amministrativo, sempre più considerato un processo di parti, dunque a connotazione soggettiva^[19] –, per via delle peculiarità che connotano il giudizio amministrativo, stante l'esigenza di riequilibrare nel processo quella sperequazione sostanziale che sussiste fra le parti; peculiarità che legittimano l'esercizio di poteri officiosi da parte del giudice amministrativo che, tuttavia, debbono essere intesi come «risorsa fondamentale per assicurare l'effettività della tutela nei confronti dell'amministrazione e la giustizia nell'amministrazione»^[20], senza per questo travalicare o plasmare la portata della disposizione normativa a esigenze occasionali.

È pur vero, però, che sebbene il riconoscimento in capo al Giudice amministrativo di poteri officiosi così pervasivi sia mosso dalle “giuste” intenzioni di riequilibrare un rapporto impari fra le parti processuali, così come ricostruito, tale potere, avvicina di gran lunga il processo amministrativo al modello inquisitorio piuttosto che dispositivo, legittimando, anche in nome di un principio astrattamente giusto (la garanzia della parità fra le parti), derive dirigistiche^[21] che non sempre, poi, in concreto, rispondono alla finalità in principio dichiarata.

E invero, proprio il caso in esame ne è esempio, in quanto, l'effetto che l'esercizio di tali poteri produce è diametralmente opposto all'intenzione dichiarata.

E dunque, se il problema di fondo è quello di stabilire se, anche nel processo amministrativo, come in quello civile, debba prevalere la logica della verosimiglianza, o della verità processuale che dir si voglia, o piuttosto la “verità vera” dei fatti di cui è causa, sarebbe opportuno che la scelta del criterio sia predeterminata e risponda a logica coerenza, o piuttosto riequilibrata da doverosi correttivi, ritenendosi rischiosa una rimessione della valutazione alla indeterminata discrezionalità del giudice che, in non rare ipotesi, potrebbe sfociare in esiti contrastanti con quelli individuati nella finalità normativa.

Infatti, a seconda del criterio interpretativo adottato, il giudice amministrativo sarebbe in grado di allargare o restringere le maglie dell'istruttoria, consentendo o vietando l'introduzione di nuovi fatti nel processo^[22].

Orbene, con riferimento al caso di specie, innanzi tutto si deve osservare che il Giudice ricorra al combinato disposto di cui agli art. 46, comma 2, c.p.a. e 65, comma 3, c.p.a. per legittimare l'introduzione, per la prima volta in appello, di documenti connessi al procedimento di cui è causa, da parte dell'amministrazione, liberamente rimasta contumace in primo grado.

È evidente che l'*intentio* sia quella di sottrarre tali documenti a un giudizio di indispensabilità, ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a., tanto che per essi si parla di indispensabilità *in re ipsa*, convogliandoli piuttosto verso il più lieve parametro dell'utilità, di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a.

E dunque, sebbene quello richiamato non sia un orientamento isolato, si ritiene dover evidenziare che, se ci si attiene alla *littera legis*, l'esercizio di tali poteri, rispondendo a una logica "perequativa", sarebbe legittimato in caso di omessa collaborazione da parte dell'amministrazione, ossia ogniqualvolta l'amministrazione non abbia provveduto al deposito del provvedimento impugnato o degli atti e documenti inerenti al procedimento, ai sensi dell'art. 46, comma, 2 c.p.a.

Tali poteri, dunque, sarebbero attivabili o su istanza della parte debole, oppure d'ufficio dal medesimo giudice, alla luce dei fatti allegati e circostanziati.

Leggermente diverso, invece, pare il caso del diritto alla prova in appello, sebbene nei limiti dell'oggetto di cui agli artt. 46, comma 2 e 65, comma 3, c.p.a., da parte dell'amministrazione contumace.

Ebbene, se certamente si conviene sull'intrinseca bonarietà dell'applicazione del metodo acquisitivo, al fine di garantire, per quanto possibile, l'aderenza della decisione di gravame alla verità sostanziale dei fatti di cui è causa, riconoscendo *i*) in capo al giudice, l'esercizio di tali poteri officiosi anche in appello, nei limiti dell'omessa collaborazione (*recte*: mancata allegazione nei termini di costituzione di documenti utili) da parte dell'amministrazione e nel rispetto, oltre che della completezza dell'istruttoria, del contraddittorio fra le parti; *ii*) nonché, al contempo, attraverso l'applicazione di tali norme anche in appello, ammettendo la possibilità per l'amministrazione resistente di assolvere ai propri doveri di collaborazione istruttoria per la prima volta in appello, così evitando, d'incorrere in preclusioni che potrebbero rivelarsi fuorvianti al fine del decidere, impedendo una completa ricostruzione dei fatti di cui è causa attraverso la mancata esibizione di documenti utili, purtuttavia, non si può dimenticare che la *ratio* cui risponde il metodo acquisitivo è quella di soccorrere la parte debole, non di supplire a eventuali inerzie di parte.

Tanto che il criterio d'interpretazione del concetto di indispensabilità di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a. si fa particolarmente rigoroso quando abbia ad oggetto documenti già nella disponibilità della parte ricorrente, che non siano stati però allegati in primo grado.

Infatti, al di fuori della discussa ipotesi di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a., è principio consolidato quello per cui non sia giustificabile una produzione documentale operata per la prima volta in appello dalla parte contumace in primo grado, perché si realizzerebbe in tal modo una supplenza giudiziaria che sanerebbe l'inerzia della parte, violando il principio di parità delle parti processuali.

Ma ancora, secondo orientamento sufficientemente consolidato dinanzi al Giudice amministrativo, fatto proprio anche nel caso di specie e, si evidenzia, contrario a quello espresso dalle sezioni unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 10790/2017), del concetto di indispensabilità si dà un'interpretazione rigorosa, tale per cui prova indispensabile non è «quella di per sé idonea a eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio, *oppure provando quello che era rimasto non dimostrato o non sufficientemente dimostrato*, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per *altra causa*[23] nelle preclusioni istruttorie del primo grado»[24], bensì esclusivamente, la prova prodotta per la prima volta in appello, funzionale alla dimostrazione di un fatto concernente un'eccezione in rito rilevabile d'ufficio dal giudice, dunque sempre ammessa, nonché quelle

prove per cui si dimostri l'impossibilità, per la parte, di acquisire la conoscenza dei fatti dedotti in giudizio con altri mezzi che ella aveva l'onere di fornire, nelle forme e nei tempi stabiliti[25]. Dunque, indispensabili sono da ritenersi esclusivamente quelle prove che non potevano oggettivamente essere prodotte in primo grado o perché la parte non ne aveva la disponibilità o perché l'esigenza probatoria è sorta *ex novo* in grado di appello.

Orbene, si intuisce come l'indeterminatezza del parametro normativo consenta una certa flessibilità interpretativa, chiaramente allargando o restringendo le maglie istruttorie a seconda del criterio prediletto.

Tuttavia, se il criterio interpretativo prescelto, singolarmente considerato, risponde a una sua intima coerenza, non essendo né *praeter legem* né *contra legem*, è nel momento in cui le disposizioni normative vengono messe a sistema che i canoni interpretativi adottati sembrano in qualche modo stridere perché se in un caso il giudice è disposto ad ammantare inerzie della p.a. – fra l'altro biasimevoli – con il velo dell'esercizio di poteri officiosi, in nome di una paventata esigenza di soccorso istruttorio (invece si è visto che le due ipotesi non dovrebbero ripiegarsi l'una sull'altra posto che, se è la p.a. contumace che allega direttamente in appello gli atti e i documenti del procedimento, reputati utili, l'officiosità dei poteri del giudice poco centra, piuttosto si tratterebbe di una diretta applicazione dell'art. 46, comma 2, in appello per via del richiamo operato dall'art. 38 c.p.a.), al di fuori di queste ipotesi tende a mantenere un atteggiamento particolarmente rigoroso che, se certamente non illegittimo, per lo meno appare irragionevole a fronte del corrispettivo.

E allora, se il criterio di maggiore flessibilità interpretativa di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a. lo si vuole giustificare in ragione della "ricerca della verità" o, forse, prima ancora, per esigenze di economia processuale che molto spesso spingono il giudice amministrativo "in avanti" per la fretta di decidere[26], per via dell'immanenza dell'interesse pubblico sotteso alla controversia, sarebbe opportuno operare una scelta: o si valorizza l'onere di collaborazione gravante sull'amministrazione in qualità di autorità pubblica prima ancora che in veste di parte processuale, indirizzando la contumacia della medesima «verso una rilettura in chiave «non neutra» dell'istituto»[27], scelta chiaramente rimessa al legislatore – anche se non priva di logicità, almeno ai fini di un eventuale riparto delle spese processuali gravanti sulle parti, al fine di evitare che la parte debole, subisca un doppio danno, ove senza sua colpa, non abbia potuto avere contezza di documentazione utile al fine della risoluzione della controversia – oppure, se l'applicazione dell'art. 46, comma 2, c.p.a. non vuole essere una sostanziale elusione del divieto dei *nova* in appello, costituendo, per l'ampiezza con cui la disposizione è interpretata, un'ulteriore deroga, implicita o inespressa, che dir si voglia, ai divieti di cui all'art. 104, comma 2 c.p.a., per una fetta di documenti afferenti al procedimento di cui è causa, fra cui, come nel caso di specie, spesso si fanno rientrare anche atti o documenti che al provvedimento potrebbero inferire anche solo incidentalmente o *per relationem* (l'art. 46, comma 2, c.p.a. infatti, non parla espressamente di atti del procedimento ma di atti e documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, dunque, eventualmente afferenti anche a procedimenti analoghi – come nel caso di specie – o connessi) sarebbe opportuno calare le regole espresse nella disposizione normativa con specifico riferimento al primo grado di giudizio, nella diversa logica del giudizio d'appello.

Sebbene, ai sensi dell'art. 38 c.p.a. la disposizione in esame non trovi una deroga espressa in sede d'impugnazione, si ritiene che la stessa debba comunque essere applicata e interpretata nel rispetto delle regole e dei principi che governano l'appello.

E allora, forse, la questione di fondo è se si debba ancora una volta meditare sulla funzione che si vuole attribuire al giudizio di appello se *novum iudicium* o piuttosto di *revisio prioris instantiae*[28].

Se l'idea è quella dell'appello volto alla ricerca della verità materiale dei fatti, allora dovremmo abbandonare la prevalente logica del gravame.

Diversamente se, come oggi con sempre più decisione si sostiene, l'appello ha natura devolutiva, quale strumento di gravame a critica libera, si dovrà dare maggior peso alle regole processuali e dunque o riconoscere che la verità processuale non sempre coincida con quella storica o, piuttosto, per lo meno considerare un'interpretazione più rigorosa delle disposizioni in esame, evitando di legittimare, sotto il manto della ricerca della verità materiale, atteggiamenti defatiganti assunti dalla p.a.

La lettura in combinato disposto degl'art. 46 e 104 c.p.a., con particolare riferimento al diritto alla prova in appello dell'amministrazione contumace, dovrebbe forse portare a riconoscere che vi sia una differenza fra giudizio di ammissibilità della prova utile, ai sensi dell'art. 46, comma 2, c.p.a. e la valutazione dell'indispensabilità probatoria dei medesimi, ex art. 104, comma 2, c.p.a.

I due momenti di giudizio (ammissibilità per utilità – una sostanziale rimessione in termini *ex lege*, giustificata dalle peculiarità del giudizio amministrativo che lo distinguono e non permettono, per sua natura, di assimilarlo al processo civile – e indispensabilità della documentazione allegata) dovrebbero rimanere distinti.

Si ritiene, stando alla *littera legis*, che nel caso di gravame esperito dall'amministrazione, volutamente contumace in primo grado, l'applicabilità dell'art. 46, comma 2, c.p.a. dovrebbe avere come unico effetto quello di evitare la decadenza della parte – effetto di per sé già particolarmente pervasivo, legato alla natura del giudizio amministrativo, rispondente a quelle ragioni di completezza istruttoria e riequilibrio delle posizioni fra le parti – dovendo poi operarsi un distinguo fra ammissibilità dei documenti utili ai sensi dell'art. 46, comma 2, c.p.a. e valutazione dell'indispensabilità dei medesimi ai fini del decidere.

Sebbene tale ragionamento può sembrare all'apparenza artificioso, facendo “rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta”, in concreto potrebbe rivelarsi non sterile, poiché questa metodologia costringerebbe il giudice a una valutazione più rigorosa del materiale probatorio, complessivamente considerato e, al contempo, più equilibrata.

Questa impostazione, in definitiva, la si ritiene più in linea con le regole del giusto processo e del giusto processo amministrativo, in cui si ricorda, è il principio dispositivo a essere temperato dal metodo acquisitivo, per le sue giuste cause, non viceversa.

Pertanto, dovrebbe dismettersi quella visione olistica che vuole «indispensabile *in re ipsa*» qualsiasi atto o documento inerente al procedimento, anche se solo incidentalmente o *per relationem*.

Non si può dimenticare, infatti, che le presunzioni *iuris et de iure* – come parrebbe essere quella cui la descritta interpretazione degli art. 46, comma 2 e 65, comma 3, c.p.a. ha condotto –

incidono pesantemente sulla ricostruzione del caso, sul riparto dell'onere probatorio e, in definitiva, sulla parità processuale delle parti.

Nel caso di specie, pertanto, sembra si sia di fronte a una nuova ipotesi di presunzione giurisprudenziale^[29], essendo stata creata una regola di giudizio che ben lungi dal realizzare un riequilibrio fra le parti ne ha, di fatto, accentuato la sperequazione.

E se qualcuno eccepisse che, in fondo, la logica sottesa alla criticata interpretazione sarebbe quella di realizzare economie processuali, forse bisognerebbe considerare che tale logica risponde a esigenze di accelerazione e semplificazione processuale che probabilmente molto poco hanno a che fare con la volontà del Giudice di farsi amministratore del caso concreto, non fosse altro perché *l'incipit* del ragionamento seguito dall'organo giudicante e qui criticato, gemma proprio da una vistosa deroga alle regole di economia processuale, consentendo una ampia rimessione in termini in favore della p.a.

Il prezzo da pagare, forse, seguendo il ragionamento più rigoroso, potrebbe eventualmente essere quello di rimettere la questione dinanzi all'amministrazione, chiamata a provvedere nuovamente, ma forse è un giusto prezzo, visto che l'essenza è, al contempo, quella dell'inesauribilità del potere amministrativo e dell'esigenza del rispetto, da parte dell'amministrazione stessa, del dovere di provvedere, adeguatamente motivando.

5. Della paventata illegittimità costituzionale del combinato disposto di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a. e art. 104, commi 1 e 2, c.p.a.: l'incomprensibilità delle ragioni giuridiche dedotte dall'appellato a sostegno della propria tesi.

Dalla lettura della sentenza si evince, poi, che parte ricorrente, appellata nel giudizio di cui è causa, ha paventato questione di legittimità costituzionale in relazione combinato disposto di cui all'art. 46, comma 2 c.p.a. e art. 104, commi 1 e 2, c.p.a. per violazione degli art. 3, 24 e 11 Costituzione.

Le motivazioni addotte non sono riportate, perché oscurate. Purtuttavia, nella conclusione della sentenza vengono licenziate come «censure meramente generiche» ed è sbrigativamente allontanata l'ipotesi di incostituzionalità facendo leva sulla discrezionalità politica del legislatore.

Orbene, si presume che le censure sollevate, erano volte a contestare una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 104, comma 2, c.p.a. allorché l'interpretazione del combinato disposto di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a. e 65, comma 3, c.p.a. porti in ogni caso a ritenere indispensabili le prove documentali introdotte per la prima volta in appello, dall'amministrazione contumace.

Ebbene, seppur si ritiene di condividere che non sussistano motivi per censurare per incostituzionalità le predette disposizioni, non fosse altro perché, come si è cercato di dimostrare nel testo, se correttamente interpretate, esse rispondono a quelle peculiarità del giudizio amministrativo che debbono essere mantenute perché costituenti una risorsa, un valore aggiunto per il processo amministrativo, tuttavia, qualche dubbio si è sollevato sul modo in cui tali norme vengono interpretate e applicate, dovendo forse pretendersi un

maggior rigore interpretativo a garanzia del corretto svolgimento dell'attività processuale, non potendo giustificarsi interpretazioni "abusive", o meglio strumentali e fuorvianti delle disposizioni normative, che di fatto assegnino una posizione di privilegio a una parte a discapito dell'altra.

Di conseguenza, è tale interpretazione normativa (e non la norma in sé) a porsi in contrasto con il principio del contraddittorio paritario fra le parti sancito dall'art. 3 e art. 24 della Costituzione, a maggior ragione se, a fronte dell'interpretazione lata o "bonaria" data alle suddette norme si contrapponga, invece, un'interpretazione particolarmente rigorosa e rigida dell'art. 104, comma 2, c.p.a. che rende, di fatto, solo per il ricorrente/appellato effettivamente cogente il divieto dei *nova* in appello, in particolare e, paradossalmente, proprio quando l'amministrazione, appellante, sia rimasta volutamente contumace in primo grado, mantenendo "segretato" il materiale probatorio idoneo a meglio definire il *thema decidendum*.

Pertanto, essendo possibile anche un'interpretazione differente del concetto di indispensabilità, come la Cassazione stessa ha dimostrato, che meglio sarebbe in grado di coniugare, nel rispetto della legge, esigenze di economia processuale con quelle di effettività della tutela, che nel caso di specie sembrano stridere piuttosto che conciliarsi – nonostante quanto asserito dall'organo giudicante – non resta che ritenere che, ancora una volta, il giudice amministrativo, nel perseguimento della "ricerca della verità" non sia interessato al fatto, ma solo alla realtà fattuale per come filtrata dal provvedimento amministrativo.

Certamente, questo non vuol dire che Egli debba decidere nel merito la controversia, bensì che debba assicurare la completezza dell'istruttoria in condizioni di parità fra le parti, nel rispetto delle regole processuali.

In tal modo, la conclusione del giudizio potrebbe, eventualmente, giungere a un esito differente, sancendosi l'illegittimità del provvedimento amministrativo, ad esempio, per eccesso di potere per mancato accertamento di presupposti in fatto rilevanti, per contraddittorietà o illogicità manifesta, così annullando l'atto e ordinando alla p.a. di provvedere nuovamente.

6. Ricostruzione del *thema probandum* e trasparenza decisoria. Ovvero: della valenza epistemologica della motivazione a sentenza.

La controversa questione ha offerto occasione per interrogarsi sulla rilevanza del fatto nel processo, sull'importanza della corretta applicazione delle regole istruttorie in esso definite al fine di assicurare un equilibrato riparto degli oneri probatori fra le parti e, soprattutto, per ricostruire i poteri di soccorso istruttorio spettanti al giudice amministrativo, attraverso la valorizzazione del principio del contraddittorio paritario fra le parti, sancito dagli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione.

Le suddette riflessioni, tuttavia, sono gemmate muovendo proprio da considerazioni sulla forma con cui la sentenza è stata ostentata al lettore, a dimostrazione della valenza epistemologica della motivazione, quale "forma della sostanza".

Il bisogno di disvelamento delle ragioni poste a sostegno della decisione giudiziaria, in parte illegittimamente oscurate da pervasivi “*omissis*”, ha permesso di scavare più a fondo nel ragionamento logico e giuridico condotto dall’organo giudicante, per cercare di comprendere il parametro decisionale assunto a sostegno del sillogismo giudiziario, inteso come procedimento interno di formazione della decisione giudiziaria.

Il bisogno di assicurare la trasparenza decisoria ha portato, dunque, a riflettere sul concetto di verità processuale e finanche sulla qualità della risposta di giustizia, con particolare riferimento al giudizio di appello.

Muovendo dall’incontestata natura devolutiva del giudizio di appello, tracciando la stretta correlazione che sussiste fra ricostruzione del fatto (del *thema probandum*) e trasparenza decisoria ai fini della qualità della tutela giurisdizionale, si è cercato di evidenziare come la “tensione veritativa”^[30] del processo sia assolta nei limiti in cui la sentenza si riveli “giusta”^[31], ossia la decisione sia frutto di una verità acquisita in maniera corretta, ossia nel rispetto della legge, dunque, secondo la dimensione epistemica propria del processo, e sia, pertanto, l’esito di un procedimento logico razionale comprensibile e controllabile, non solo dalle parti, bensì anche dal semplice operatore giuridico, estraneo al processo, che per curiosità conoscitiva, s’imbatta nella lettura della medesima sentenza.

[1] F. Saitta, *I nova nell’appello amministrativo*, Milano, 2010; Id., *Processo amministrativo ed appello incidentale: “vetera et nova”*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2020, 862-892; Id., *La «correzione del tiro» nel processo amministrativo: oscillazioni giurisprudenziali in tema di “emendatio” e “mutatio libelli”*, in *Dir. e proc. amm.*, 3/2020, 663-710, R. Vaccarella, *Il divieto dei “nova” nell’appello del giudizio amministrativo*, V. Domenichelli, *Le sopravvenienze in appello: introduzione al tema*, M. Lipari, *Le sopravvenienze nel giudizio di appello*, tutti in F. Francario - M.A. Sandulli, *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Castello di Modanella (Siena), 19-20 maggio 2017, Napoli, 2018.

2 G. Silvestri, *Sovranità popolare e magistratura*, 9 luglio 2003, consultabile al sito www.costituzionalismo.it; M. Cartabia - L. Violante, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018

3 E. Ferrari, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, UTET, 1989, 534 ss; M. Luciani, *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa giusta*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2018, 36 ss. Nonché sui temi, più in generale, si veda: F. Francario - M.A. Sandulli, *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Castello di Modanella (Siena), 19-20 maggio 2017, Napoli, 2018. Ma si veda anche: M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; G. Monteleone, *Riflessioni sull’obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Il giusto proc. civ.*, 1/2013, 1- 20; B. Capponi, *La motivazione della sentenza civile*, in *Questione giustizia*, marzo 2015; G. Severini, *La trasparenza delle decisioni e il linguaggio del giudice. La prevedibilità e la sicurezza giuridica*, Relazione al Congresso nazionale dei Magistrati amministrativi, Roma, 6 - 7 giugno 2019, in *Giust. civ.*, 3/2019, 651 – 669.

4 Il tema è sempre più sentito, anche per via della notevole amplificazione della capacità conoscitiva nella società dell’informazione e nell’era della digitalizzazione. Senza pretesa di completezza, sui temi, in generale, si veda: P. Perlingeri, *L’informazione come bene giuridico*, in *Rass. Dir. civ.*, 1990, 326, ss.; Id., *La pubblica amministrazione e la tutela della privacy. Gestione e riservatezza dell’informazione nell’attività amministrativa*, in *Annali Fac. econ. Benevento*, 8, Napoli, 2003, 211 ss.; L. Nivarra - V. Ricciuto, *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002; S. Rodotà, *Tecnopolitica. La tecnologia e le nuove tecnologie della comunicazione*, II° Ed., Roma – Bari, 2004; O. Pollicino, *EU Digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. inf.*, 4-5/2014, 569 ss.; O. Pollicino - M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel reasoning dei Giudici*, in *Dir. inf.*, 4-5/2015, 741 ss.; F. Melis, *Il diritto all’oblio e i motori di ricerca nel diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2015, 171 ss; F. Barra Caracciolo, *La tutela della personalità in internet*, in *Dir. inf.*, 2/2018; M. Pacini, *Diritto di informazione e diritto alla riservatezza nell’era di internet*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2020, 59 ss.

5 R. De Nictolis - V. Poli, *Il diritto all'anonimato nel processo (art. 52 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, in *Giust. civ.*, 2003, 495 ss.; F. D'Alessandri, *La privacy delle decisioni giudiziarie pubblicate sul sito internet istituzionale della Giustizia Amministrativa (relazione al convegno di Convegno Capri sull'informatica giuridica del 12.10.2019)*, consultabile al sito www.giustizia-amministrativa.it; P. Patatini - F. Troncone, *L'oscuramento dei dati personali nei provvedimenti della Corte Costituzionale*, dicembre 2020; F. Francario, *Una giusta revocazione "oscurata" dalla privacy. A proposito dei rapporti tra giudicato penale e amministrativo*, in www.giustiziainsieme.it; ibidem: A. Centonze, *Il diritto alla riservatezza e la tutela dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di Cassazione*; nonché E. Concilio, *Atti giudiziari e tutela dei dati personali (nota a T.A.R. Lazio, sez. III, 1 febbraio 2021, n. 579)*; M. D'Ambrosio, *Il c.d. principio dell'openness nelle procedure giudiziarie tra oblio e anonimato*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2017, 37 ss.

6 Cfr. fra le più recenti: Cass. Civ., sez. VI, 15 febbraio 2017, n. 11959; Cass. Civ. 16807/2020; Cass. Civ. (ord.), sez. V, 10 agosto 2021, n. 22561.

7 Si tralascia la distinta ipotesi in cui è la legge a rendere obbligatorio l'oscuramento di dati sensibili, ossia quella ricadente nell'art. 52, comma 5, del Codice della *privacy* in cui il rapporto regola-eccezione è chiaramente invertito e, per la quale, non si pongono rilevanti problemi di applicazione normativa, se non nella forma patologica dell'omissione.

8 Il tema è delicato e complesso e non si può pretendere possa esser esaurientemente affrontato nella presente sede. Ci si limita a segnalare che ulteriori puntualizzazioni alla normativa in esame si rinvencono nelle Linee Guida dettate dal Garante dei dati personali del dicembre 2010, sebbene per nulla dirimenti, nonché in un più recente decreto adottato dal Primo Presidente della Corte di Cassazione (decreto n. 178 del 14 dicembre 2016), che risponde alla finalità d'indirizzare il giudicante nel suo delicato compito. Sul tema, da ultimo: A. Centonze, *Il diritto alla riservatezza e la tutela dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di Cassazione*, cit.;

9 F. Francario, *Una giusta revocazione "oscurata" dalla privacy*, cit.

10 Sui rapporti fra verità, motivazione e sentenza: M. Taruffo, *Motivazione (Motivazione della sentenza – dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990; Id., *Motivazione della sentenza (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, III° aggiornamento, Milano, 1999; Id. *La motivazione della sentenza*, in *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010; Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009; L. Passanante, *Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo*, in *Revista Italo-Espanola de Derecho Procesal*, 1/2021, 75 – 88; G. Barbagallo, *Per la chiarezza delle sentenze e delle loro motivazioni*, in G. Grasso - G. Barbagallo - V. Ferrari - E. Scoditti - S.I. Gentile, *Il linguaggio della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2016, 357 - 377; G. Severini, *La trasparenza delle decisioni e il linguaggio del giudice. La prevedibilità e la sicurezza giuridica*, cit.; M.A. Sandulli, *Il Consiglio di Stato è giudice in unico grado sulle domande declinate o pretermesse dal T.A.R. La Plenaria definisce i confini del rinvio al primo giudice e stigmatizza la motivazione apparente delle sentenze*, in www.federalismi.it, 2018. Con specifico riferimento alla motivazione delle sentenze del Giudice amministrativo, cfr.: F. Patroni Griffi, *Forma e contenuto delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 17 ss.; G.P. Cirillo, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, consultabile al sito www.giustizia-amministrativa.it, 2012; *Ibidem*: C. Volpe, *Dovere di motivazione della sentenza e sinteticità degli atti delle parti processuali*, 2014; R. De Nictolis, *Le sentenze del Giudice amministrativo in forma semplificata tra mito e realtà*, 2017.

11 G. Barbagallo, *Per la chiarezza delle sentenze e delle loro motivazioni*, cit.

12 Sul tema: F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 204 -211; F.G. Scoca, *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in *Il processo amministrativo*, Commentario a cura di A. Quaranta - V. Lopilato, Milano, 2011, 539 ss.; L.R. Perfetti, *Prova (diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, annali 2008, Milano, 917-946; Id., *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Dir. proc.*, 2015, 1, 72-103; A. Police, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, G.P. Cirillo (a cura di), cap. 17, Padova, 2014; C.E. Gallo, *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino 1994, 8-15; Id., *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in *Ius publicum*, 2011; F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2017, 911 ss.; L. Bertonazzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005; A. Chizzini, *I poteri istruttori del giudice amministrativo in generale e nella giurisdizione esclusiva*, in *AA.VV.*, *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, B. Sassani - R. Villata (a cura di); A. Chizzini - L. Bertonazzi, *L'istruttoria*, in *Aa.Vv.*, *Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo* B. Sassani - R. Villata (a cura di), Torino, Giappichelli, 2012; M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. e soc.*, 2/2020, 195-221.

13 F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, 148 ss.

14 F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo*, cit.

15 M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1967, V, 6 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1996, 699 ss.

16 *Ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, n. 3844/2020; Cons. Stato, sez. III, n. 866/2019; Cons. Stato, sez. VI n. 3042/2018.

17 Cons. Stato, n. 903/2019; T.A.R. Lazio, Roma, n. 2864/2019; T.A.R. Umbria n. 558/2017.

18 Sui temi, si veda: L. Migliorini, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1996; Id., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Cedam, Padova, 1977.

19 A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018; F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020. Ma si v. anche oltre, nota 21.

20 M.A. Sandulli, *La giurisdizione plurale: Giudice e potere amministrativo. La "risorsa" del giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 1/2021.

21 Aa.Vv., *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2017; M.A. Sandulli, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto*, in www.federalismi.it, febbraio 2017; G.D. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Peir Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 743-826; V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 341-390; A. Travi, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Foro it.*, 5, 2015, III, 286 ss; E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva* (nota a Cons. Stato, Ad. Plen. 27 aprile 2015, n. 5), in *Giur. it.*, 2015, 10, 2192-2203; B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 74-106.

22 Sia sufficiente pensare alle tante sfumature con cui si qualificano gli atti e i documenti prodotti per la prima volta in appello (meramente integrativo, connesso) al fine della qualificazione, o meno, dei medesimi come nuovi documenti. Sul tema: F. Saitta, *Absens haeres non erit. Brevi riflessioni sul diritto alla prova dell'appellato non costituitosi in primo grado*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2016, 157 ss.

23 Corsivo aggiunto.

24 Cass. civ., Sez. Un., n. 10790/2017. Cfr. F. Saitta, *Prove indispensabili e ricerca della verità materiale: dalla Cassazione indicazioni per un equilibrato dosaggio delle preclusioni in appello (a margine di Sez. un., 4 maggio 2017, n. 10790)*, in *Giustamm.it*, 5/2017, 12 ss.

25 Cons. Stato, n. 3329/2019; Cons. Stato, n. 4345/2018; Cons. Stato, n. 6574/2018.

26 F. Saitta, *Nova in appello e sentenze della 'terza via': quando il giudice amministrativo ha troppa fretta di decidere. (Nota a sentenza: Cons. Giust. Amm. Siciliana, 16 giugno 2021)*, n. 534, in *Giust.Amm.it*, 2021, fasc. 6, 2 ss.

27 Fondamentale appare ancora oggi lo scritto di E. Follieri, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2006, 495 ss. Si vedano, altresì: C. Gamba, *Le ipotesi di riforma contenute nella relazione Vaccarella in tema di contumacia e non contestazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 831; *Ibidem*: M.G. Canella, *Nuove proposte per la fase introduttiva del giudizio di cognizione*, 847 ss, richiamati da F. Saitta, *Absens haeres non erit. Brevi riflessioni sul diritto alla prova dell'appellato non costituitosi in primo grado*, op.cit., in particolare 161 ss.

28 A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.; F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, cit.; R. Villata, *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 131 ss.

29 F. Patroni Griffi, *Il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, cit., 43 ss.

30 M. Taruffo, *Giustizia, procedure e processo*, in *Ragion pratica*, 9/1997; B. Pastore, *Giusto processo e verità giudiziale*, *Filosofia del diritto*, unife.it.

31 F. Francario - M.A. Sandulli, *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1947 – 23 settembre 2021

Tra (dis)proporzionalità e (in)efficienza, un nuovo giudizio immediato (art. 72-bis c.p.a.) per la giustizia amministrativa

di Rosanna De Nictolis

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Presupposti e ambito. Le cause suscettibili di “immediata definizione”: solo in rito o anche in merito? solo per questioni di rito che non consentono già l’utilizzo del decreto monocratico? - 3. Rilevazione delle cause di immediata definizione. - 4. I termini del rito: rito cautelare ex art. 55 c.p.a.; applicabilità del rito camerale ex art. 87 c.p.a.? Necessità o meno dell’istanza di fissazione dell’udienza. - 5. I termini per gli atti di parte, assenza di repliche, discussione orale, rinvio della causa e termini a difesa. - 6. Il rilievo d’ufficio delle questioni di rito. - 7. La fissazione dell’udienza pubblica per le cause non definibili in rito. - 8. La decisione in forma semplificata. - 9. Conclusioni.

1. Introduzione

L’art. 72-bis c.p.a., introdotto dalla l. 6.8.2021 n. 113 in sede di conversione del d.l. 9.6.2021 n. 80, ha frettolosamente creato un nuovo rito immediato privo di adeguata ponderazione, che costituisce una sorta di obbrobrio giuridico destinato a restare, come altre norme processuali, un istituto meramente astratto, per la sua scarsissima utilità e praticabilità, oltre che sovrapposizione e contraddizione con altri istituti vigenti e collaudati.

Si prevede, in estrema sintesi, un processo in camera di consiglio, che si svolge con gli stessi termini dell’incidente cautelare, per definire con sentenza in forma semplificata le cause suscettibili di “immediata definizione”, ma solo “in rito”.

2. Presupposti e ambito. Le cause suscettibili di “immediata definizione”: solo in rito o anche in merito? solo per questioni di rito che non consentono già l'utilizzo del decreto monocratico?

Il presupposto operativo del nuovo rito è che vi siano ricorsi suscettibili di “immediata definizione”: un concetto giuridico del tutto indeterminato, di cui non si chiarisce la differenza o la identità con le “situazioni manifeste” descritte dall'art. 74 quali presupposto per la decisione con sentenza in forma semplificata.

Sicché il primo dubbio giuridico è se la “immediata definizione” costituisca o meno una categoria autonoma rispetto alle fattispecie dell'art. 74 c.p.a.

La risposta è che non vi è perfetta coincidenza tra le situazioni di immediata definizione ai sensi dell'art. 72-bis e le situazioni manifeste dell'art. 74 c.p.a.

Infatti l'art. 74 c.p.a. fa riferimento a situazioni manifeste sia in rito che in merito.

Invece, l'art. 72-bis, pur sembrando nel suo *incipit* ipotizzare che la definizione immediata possa afferire sia al rito che al merito, in realtà nella sua successiva narrazione cambia strada e fa riferimento solo alla definizione in rito. Infatti, a fronte di cause suscettibili di immediata definizione, viene fissata una udienza in camera di consiglio in cui, se si verifica che la causa “*non è definibile in rito*”, va fissata una ulteriore udienza pubblica. Quindi, una eventuale situazione manifesta nel merito, non può costituire il presupposto per tale tipo di giudizio immediato.

Sarebbe perciò logico attendersi che a fronte di una causa suscettibile di “immediata definizione nel merito”, essa non venga affatto fissata per un giudizio immediato camerale: perché sarebbe attività superflua, posto che la norma ordina che se la causa non è definibile in rito, occorre fissare una udienza pubblica. Sicché fissare una udienza camerale, al solo fine di fissare una successiva udienza pubblica, sarebbe un inutile dispendio di tempo e attività processuali di segreterie, giudici e difensori. Né si può pensare di dare una interpretazione diversa alla norma, nel senso che anche cause suscettibili di immediata definizione in merito potrebbero essere decise con il rito camerale: la norma letteralmente non lo consente, laddove perentoriamente afferma che “*se la causa non è definibile in rito, il collegio con ordinanza fissa la data dell'udienza pubblica*”, e le deroghe alle forme e ai termini dell'udienza pubblica devono essere ritenute di stretta interpretazione.

Tra le ragioni di merito di pronta definizione, e che tuttavia non ricadono nell'ambito dell'art. 72-bis c.p.a. che si riferisce solo alle definizioni in rito, rientra la cessazione della materia del contendere, che per volere dei compilatori del c.p.a., rientra tra le sentenze di merito (art. 34 c. 5 c.p.a.), e pertanto non può essere pronunciata con decreto monocratico (art. 85 c.p.a. che si riferisce solo a pronunce di rito dell'art. 35 c.p.a.).

Tra le ragioni di rito che consentono la immediata definizione in una udienza camerale, poi, vanno escluse, per evidenti ragioni di economia processuale, quelle ragioni di rito che già consentono la definizione con decreto monocratico fuori udienza.

Avuto riguardo alle pronunce di rito di cui all'art. 35 c.p.a., le ragioni di improcedibilità di cui all'art. 35, c. 1, lett. c), c.p.a., e le ragioni di estinzione di cui all'art. 35, c. 2, c.p.a., già consentono la definizione con decreto monocratico (art. 85 c.p.a.).

Per cui sarebbe del tutto dispendioso fissare una udienza collegiale.

Ancora, la stessa l. n. 113/2021, mediante novella dell'art. 79 c.p.a., ha consentito, anzi imposto, che l'interruzione del processo sia dichiarata con decreto presidenziale, quindi fuori udienza. Quindi anche l'interruzione del processo è una questione di rito che esula dall'ambito dell'art. 72-bis c.p.a., non necessitando di trattazione in udienza.

Residuano, quindi, i casi di irricevibilità e inammissibilità di cui all'art. 35, c. 1, lett. a) e b) c.p.a.

L'irricevibilità comprende i casi di tardiva notifica e di tardivo deposito del ricorso.

L'inammissibilità comprende, a titolo esemplificativo, i casi di difetto di legittimazione ad agire, difetto originario di interesse o di contraddittorio, difetto di giurisdizione, difetto di competenza,

Peraltro, non sembra esservi perfetta equivalenza tra questione di rito e immediata definizione.

Il fatto che un ricorso possa apparire irricevibile o inammissibile non significa necessariamente che la questione sia di "immediata definizione".

Invero, il concetto di "immediata definizione" che, come si è detto, è un concetto giuridico indeterminato, rievoca casi di causa "liquida", di "pronta definizione" perché vi sia una situazione "manifesta", come afferma già l'art. 74 c.p.a.

Ci sono cause in cui la affermazione della irricevibilità o inammissibilità del ricorso esige la soluzione di questioni controverse, e la causa di rito è tutt'altro che manifesta.

E' evidente che un conto è il caso, quasi del tutto di scuola, in cui il ricorso sia tardivo perché manifestamente fuori termine, un conto è il caso in cui per affermarsi la irricevibilità occorre affrontare complesse questioni in fatto e in diritto su quale sia l'atto lesivo e la sua data di conoscenza, al fine del decorso del termine di ricorso.

O si pensi alla questione di rito, rimessa alla Plenaria, se in materia edilizia la c.d. *vicinitas* sia titolo sia di legittimazione e interesse ad agire, o di sola legittimazione ad agire. Non pare che una ragione di rito di questo tipo possa integrare un caso di "immediata definizione".

E tuttavia, tale esegesi, che parrebbe logica, di ritenere che il giudizio immediato si giustifica solo a fronte di situazioni di rito "manifeste", appare contraddetta dallo stesso art. 72-bis c.p.a.: esso infatti prevede che all'udienza camerale, la questione di rito che non sia eccepita da una parte, viene rilevata d'ufficio e sottoposta al contraddittorio delle parti. Nel caso in cui la questione di rito sia di "*particolare complessità*" va concesso alle parti un termine a difesa per memorie.

Ma una questione di rito “*di particolare complessità*” sembra contraddire al presupposto della suscettibilità della causa di una “definizione immediata”.

Dunque la norma parrebbe dire che il giudizio immediato si deve celebrare ogni volta che vi sia una questione di rito, anche se di “particolare complessità”. Ma con tale esegesi, si pongono seri dubbi di costituzionalità dell'intero impianto dell'art. 72-bis: perché la strozzatura dei termini ordinari di fissazione dell'udienza, dei termini ordinari per il deposito di documenti, memorie e repliche, può giustificarsi, senza sacrificio del diritto di difesa, solo a fronte di situazioni manifeste, non a fronte di situazioni di “particolare complessità”.

E dunque una esegesi costituzionalmente orientata impone di ritenere che il presupposto applicativo della disposizione è che vi sia una questione di rito di pronta e agevole soluzione.

Il riferimento a questioni di “particolare complessità” va allora spiegato nel senso che una questione che all'ufficio del processo e al presidente pareva “semplice”, a seguito delle deduzioni di parte si è rivelata “complessa”.

A conclusione di tale disamina, dunque, si può affermare, quanto ai presupposti applicativi dell'art. 72-bis c.p.a., che esso ha un ambito ben più ridotto di quello cui potrebbe far pensare la sua rubrica; i casi di “immediata definizione”:

- a) riguardano solo questioni di immediata definizione in rito, e non nel merito, con esclusione persino del caso di cessazione della materia del contendere (che dà luogo a una sentenza di merito e non di rito);
- b) nell'ambito delle questioni di rito, riguardano solo i casi di irricevibilità e inammissibilità, e non anche gli altri motivi di rito elencati nell'art. 35 c.p.a. che consentono la definizione con decreto monocratico, e nemmeno il caso in cui occorre dichiarare l'interruzione del processo, posto che in virtù del novellato art. 79 c.p.a. la interruzione si dichiara con decreto presidenziale;
- c) nell'ambito dei casi di irricevibilità e inammissibilità, si deve trattare di casi “manifesti” e non di casi in cui la irricevibilità o inammissibilità consegua a un complesso ragionamento in fatto e/o in diritto.

3. Rilevazione delle cause di immediata definizione

L'art. 72-bis introduce nel c.p.a. inediti aspetti organizzativi. Precisa infatti che l'iniziativa di fissare le cause suscettibili di immediata definizione spetta al Presidente.

Ma aggiunge, “anche a seguito della segnalazione dell'ufficio del processo”.

In tal modo, si introduce in una norma processuale un aspetto organizzativo interno, per di più facendo riferimento a una entità organizzativa, “l'ufficio del processo” di cui il codice presuppone l'esistenza senza definirlo.

Ma ciò che appare distonico è aver inserito in una norma processuale la definizione dei compiti di un ufficio interno. Nella pratica giudiziaria le cause da fissare in udienza vengono selezionate dai presidenti con l'apporto collaborativo delle segreterie, ma nessuna disposizione del c.p.a. ha mai specificato in una norma che il presidente procede anche su segnalazione delle segreterie. Si tratta di profili organizzativi interni che non hanno nessuna necessità di essere introdotti in una norma processuale.

Tanto più che l'averlo ora fatto per l'ufficio del processo, posto che le norme devono avere un significato utile, fa interrogare sulle possibili conseguenze, processuali e non, della mancata fissazione in udienza, da parte del Presidente, di cause che siano state "segnalate" dall'ufficio del processo, come suscettibili di immediata definizione.

Il che apre un tema di grandissima serietà, che è quello della idoneità professionale ed esperenziale di un ufficio del processo a individuare cause di immediata definizione, assolvendo a un compito tipicamente magistratuale di studio delle cause, che semmai andrebbe assegnato ad una sezione "filtro", composta di giudici, come esistente in Corte di cassazione. Laddove l'ufficio del processo si compone di non magistrati, e peraltro è destinato ad essere "potenziato" (ammesso che di potenziamento possa parlarsi) con la partecipazione di neolaureati assunti a tempo determinato per non oltre 30 mesi (d.l. n. 80/2021).

E' da ritenere che la "segnalazione dell'ufficio del processo" non escluda il vaglio critico del presidente, che ben potrà ritenere che cause segnalate non siano di immediata definizione, e dunque non fissarle in udienza.

4. I termini del rito: rito cautelare ex art. 55 c.p.a.; applicabilità del rito camerale ex art. 87 c.p.a.? Necessità o meno dell'istanza di fissazione dell'udienza

I termini del rito sono di fatto coincidenti con quelli dell'incidente cautelare, anche se l'art. 55 c.p.a. non è richiamato. I ricorsi suscettibili di immediata definizione sono fissati alla prima camera di consiglio utile, che è quella successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione, e altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso. Come nel rito cautelare, le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio.

Sono dunque introdotti, per un giudizio di merito, i termini dell'incidente cautelare.

Inoltre, si deroga all'udienza pubblica e si prevede una udienza in camera di consiglio.

Il che fa interrogare sul se debbano o meno essere rispettati tutti gli altri termini previsti dall'art. 87 c.p.a. per i riti camerale.

La risposta sembra essere negativa.

Anzitutto, l'art. 87 c.p.a., pur menzionando, tra i riti camerale, anche quello cautelare, disciplina i termini solo dei riti camerale diversi da quello cautelare.

E, come si è detto, l'art. 72-bis segue il modello del rito cautelare.

In secondo luogo, l'art. 87 c.p.a. fa riferimento a riti camerale che sono tali *ab initio* (silenzio, accesso, ottemperanza, questioni di giurisdizione), perché ci sono norme specifiche che per determinate materie prevedono i riti camerale.

Non è questo il caso dell'art. 72-bis, che ipotizza un rito camerale *ex post* per qualunque materia, ove risulti che la causa sia suscettibile di immediata definizione. Sicché le parti, al momento della notifica e deposito del ricorso, non possono stabilire se si tratti di materia soggetta a rito camerale o meno.

Ciò detto, non si può escludere che i presupposti dell'art. 72-bis si verifichino in relazione a ricorsi che già *ex ante* seguono il rito camerale (silenzi, accessi, ottemperanze, etc.), e in tal caso ci si chiede se sia necessario fissare la causa con i tempi dell'art. 72-bis piuttosto che con quelli dell'art. 87 c.p.a.

Così come, ci si deve chiedere se l'art. 72-bis debba essere applicato se il presupposto della immediata definizione riguardi una causa in cui ci sia anche domanda cautelare, e che dunque va fissata alla prima udienza utile ex art. 55 c.p.a. coincidente esattamente con quella ex art. 72-bis. E' da ritenere che in tale ipotesi prevalga l'art. 55 c.p.a. sull'art. 72-bis, e che quindi la causa vada fissata per la fase cautelare, e in sede cautelare ben si potrà addivenire a una sentenza immediata, nel ricorrere dei presupposti dell'art. 60 c.p.a.

Ulteriore questione che l'art. 72-bis c.p.a. fa sorgere è se i termini di cui all'art. 72-bis c.p.a. si applichino a qualsiasi causa, comprese quelle che per legge sono sottoposte a termini dimezzati (riti camerale ex art. 87 c.p.a., contenzioso elettorale, artt. 119 e 120 c.p.a.), ovvero se in tali ulteriori cause i termini dell'art. 72-bis c.p.a. debbano subire un ulteriore dimezzamento.

Sembra da ritenere, ma solo per ragioni di buon senso, e non strettamente giuridiche, che i termini dell'art. 72-bis si applichino in qualunque rito, senza ulteriori dimezzamenti. Non è tuttavia una soluzione giuridica agevole, perché l'art. 87 c.p.a., l'art. 119, l'art. 120 c.p.a. prevedono il dimezzamento di "tutti i termini processuali" e, quindi, potrebbe opinarsi, anche quelli di cui all'art. 72-bis c.p.a.

Posto che viene previsto un rito camerale, sembra applicabile anche la deroga, prevista per i riti camerale, alla necessità di una istanza di fissazione di udienza.

Quindi, sembrerebbe che la causa di immediata definizione possa essere portata in udienza anche se non c'è una istanza di fissazione di udienza. Il che pone un ulteriore problema quando il collegio ritenga che la causa non sia definibile in rito, e fissa l'udienza pubblica.

Fin qui, i dubbi di tipo giuridico che la tempistica del nuovo rito pone.

Ma si pongono ben più consistenti dubbi di agibilità pratica della previsione: essa ipotizza che le cause "nuove" man mano che sopraggiungono, possono essere fissate alla prima udienza utile, il che significa nell'arco di un mese circa dal deposito del ricorso.

Ma tale prescrizione si scontra con la realtà organizzativa concreta dai ruoli di udienza, come imposta dalle regole processuali: infatti, secondo il c.p.a., nel rito ordinario l'avviso di udienza va dato alle parti almeno sessanta giorni prima dell'udienza stessa, e nei riti speciali almeno trenta giorni prima. Il che implica che le cause vengono calendarizzate con un anticipo ben maggiore di quello ipotizzato dall'art. 72-bis c.p.a., sicché quando si verifica il presupposto applicativo dell'art. 72-bis c.p.a., i ruoli delle udienze di merito sono già pieni, e diventa non praticabile calendarizzare ulteriori cause. Tanto, avuto riguardo ai "vincoli interni" imposti dall'Organo di autogoverno, sul numero massimo di affari assegnabili ad udienza per ciascun magistrato.

Va poi considerato che in media almeno il 60% delle cause sono corredate di domanda cautelare, quindi vengono già fissate in una udienza camerale con i tempi dell'art. 55 c.p.a. coincidente con i tempi dell'art. 72-bis c.p.a.

Nel residuo 40% di affari di merito privi di domanda cautelare, il numero di cause suscettibili di immediata definizione in rito, rispetto al totale, è una percentuale del tutto esigua, che per la sua esiguità non giustifica la elaborazione di un rito specifico. Sarebbe bastato prevedere una nuova causa di priorità nella trattazione dei ricorsi, per quelli suscettibili di immediata definizione in rito. O bastava ampliare l'ambito applicativo del già vigente, e ampiamente disapplicato, art. 72 c.p.a. che prevede la fissazione prioritaria dei ricorsi "su questione unica".

5. I termini per gli atti di parte, assenza di repliche, discussione orale, rinvio della causa e termini a difesa

Come nel rito cautelare, le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio.

Nonostante si tratti di un giudizio di merito, sembra soppressa la possibilità di depositare repliche, posto che c'è un termine unico e uguale per tutte le parti, per il deposito di memorie e documenti. E se tale deposito avviene a ridosso dell'ultimo momento utile, le controparti non hanno la pratica possibilità di depositare in tempo una replica.

Il contraddittorio scritto è pertanto molto strozzato, e potrà essere compensato solo dalla discussione orale o dalla possibilità di chiedere il rinvio della causa.

Quanto alla discussione orale, trattandosi di rito camerale, deve trovare applicazione l'art. 87, c. 3, c.p.a., secondo cui nella camera di consiglio sono sentiti i difensori che ne fanno richiesta.

Quanto al rinvio, viene stabilito che può essere chiesto e concesso solo per "eccezionali motivi".

La previsione dà adito a serie perplessità sotto il profilo della tutela del contraddittorio, perché mal si concilia con la previsione dell'art. 60 c.p.a. relativo alla sentenza immediata in esito alla udienza cautelare, che incontra un limite nella esplicita richiesta di parte di termine a difesa per la proposizione di motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza, regolamento di giurisdizione.

Ci si chiede se tra gli “eccezionali motivi” i redattori dell’art. 72-bis c.p.a. abbiano o meno inteso includere il caso di richiesta di rinvio per termini a difesa per attività processuali che rientrano tra i diritti processuali delle parti.

E, invero, considerati i tempi di fissazione dell’udienza camerale di cui all’art. 72-bis c.p.a., alla data della udienza verosimilmente sono ancora in corso, nella normalità dei casi, i termini per ricorso incidentale, motivi aggiunti, regolamento di competenza e giurisdizione. Sicché, a ben vedere, la richiesta di rinvio per termini a difesa rischia di essere la regola, e non l’eccezione.

Posto che delle norme va data una interpretazione costituzionalmente orientata, si deve ritenere che tra gli eccezionali motivi che giustificano il rinvio rientrano a pieno titolo i casi di richiesta di termini a difesa, senza che il giudice possa compiere alcun vaglio prognostico sulla ammissibilità e utilità in relazione a motivi aggiunti, ricorso incidentale, etc. E’ da ritenere che basti l’istanza di parte di rinvio per tali esigenze, a rendere doveroso il rinvio.

La previsione sul rinvio per eccezionali motivi dà adito a perplessità anche di ordine formale e sistematico. I compilatori dell’art. 72-bis hanno evidentemente obliterato che essi stessi hanno contemporaneamente novellato l’art. 73 c.p.a., con l’introduzione del c. 1-bis che in termini generali ora afferma che “il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali” (che sono riportati nel verbale di udienza ovvero, se il rinvio è disposto fuori udienza, nel decreto presidenziale che dispone il rinvio).

Ci si chiede se ci sia una differenza tra gli “eccezionali motivi” dell’art. 72-bis e i “casi eccezionali” dell’art. 73, c. 1-bis. A lume di buon senso, non c’è nessuna differenza, ma ci si chiede perché due norme coeve, collocate in un medesimo articolo di legge, per disciplinare il medesimo istituto, non solo lo duplicano, ma usino termini diversi, peraltro affidandosi a concetti giuridici indeterminati.

Dunque l’art. 72-bis, ponendosi autoreferenzialmente come microsistema, non fa che clonare una previsione già introdotta in termini generali nell’art. 73 c.p.a.

Trattandosi poi di una clonazione solo parziale, resta il dubbio esegetico se anche nel caso di rinvio accordato ai sensi dell’art. 72-bis, occorra applicare la regola ulteriore, indicata nell’art. 73, c. 1-bis, che le ragioni del rinvio vanno riportare nel verbale di udienza o nel decreto presidenziale che dispone il rinvio fuori udienza. E la risposta dovrebbe essere senz’altro affermativa.

Se il rinvio è concesso, la causa va fissata secondo l’art. 72-bis c.p.a., “alla prima camera di consiglio utile successiva”. In tal caso, la prima camera di consiglio “utile” va intesa non in termini di “calendario delle udienze” come prima udienza di calendario immediatamente successiva, ma come prima udienza “utile” dopo il termine necessario per garantire le esigenze della difesa. In caso di rinvio per motivi aggiunti o ricorso incidentale, ad es., occorrerà rispettare i termini pieni del codice per notifica e deposito di motivi aggiunti o ricorso incidentale, e per il deposito delle conseguenti memorie e repliche, e la prima udienza utile sarà solo quella successiva all’espletamento pieno delle attività difensive.

Va infatti ribadito che per tali attività non vi è alcun dimezzamento di termini, se si tratta di cause che seguono il rito ordinario, perché il procedimento dell’art. 72-bis c.p.a., al di fuori

dei termini stringati per la fissazione della udienza camerale, non prevede né consente in via esecutiva alcun altro dimezzamento dei termini processuali assegnati alle parti.

Sulle modalità del rinvio, deve segnalarsi una ulteriore differenza foriera di dubbi esecutivi tra l'art. 72-bis e l'art. 73, c. 1-bis. L'art. 72-bis si preoccupa di indicare a quando si fa il rinvio (la prima camera di consiglio utile). L'art. 73, c. 1-bis, pur ammettendo la possibilità di rinvio in casi eccezionali, nulla dice sulla data del rinvio, lasciando adito al dubbio che il rinvio possa farsi sia a data fissa che a data da destinarsi. Ma un rinvio a data da destinarsi sarebbe un aggiramento del neointrodotta divieto di cancellazione della causa dal ruolo, contenuto nel medesimo art. 73, c. 1-bis, unitamente alla regola sulla eccezionalità del rinvio. Peraltro, lo stesso divieto di cancellazione dal ruolo, è stato introdotto dimenticando che di cancellazione della causa dal ruolo continua a esistere nell'art. 71 c.p.a. Una abrogazione espressa dell'inciso contenuto nell'art. 71 c.p.a. sarebbe stato un serio contributo al dovere di chiarezza delle norme processuali.

6. Il rilievo d'ufficio delle questioni di rito

Il presupposto della “immediata definizione” della causa è, come si è detto, l'esistenza di una questione di rito, circoscritta ai casi di irricevibilità o inammissibilità del ricorso, che siano manifesti.

Nella normalità dei casi, vi sarà già una eccezione di parte.

E questo è il caso più semplice in cui la causa può essere effettivamente definita nella camera di consiglio fissata allo scopo.

Diverso è il caso in cui il presidente abbia fissato la causa alla camera di consiglio ritenendo d'ufficio che vi sia una possibilità di definizione in rito.

In questo caso, infatti, occorre assicurare il contraddittorio delle parti sulla questione di rito, in ossequio al divieto delle sentenze “a sorpresa”, divieto sotteso al già vigente art. 73 c. 3 c.p.a.

L'art. 73 c. 3 c.p.a. già prevede un meccanismo per sottoporre a contraddittorio delle parti una questione rilevata d'ufficio. Esso ipotizza la sottoposizione della questione alle parti in udienza, dando ad esse solo il contraddittorio orale, anche se nella prassi talora si consentono, nei casi più complessi, termini a difesa, dopo aver rilevato la questione in udienza. Sempre l'art. 73 c. 3 c.p.a. impone il contraddittorio scritto solo se la questione d'ufficio emerge solo dopo il passaggio della causa in decisione. In tal caso la decisione viene riservata e alle parti è assegnato un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

Da tale meccanismo si discosta l'art. 72-bis c.p.a., prevedendo, oltre che il rilievo d'ufficio della questione in udienza, il contraddittorio scritto come obbligatorio nei casi di particolare complessità, sempre su questione rilevata in udienza. Ma con un termine inferiore a quello dell'art. 73 c. 3 c.p.a., non più trenta giorni, ma solo venti giorni. E con la precisazione che in tal caso la sola camera di consiglio decisoria (ossia la riunione dei soli giudici) è differita

alla scadenza del termine assegnato, ma non occorre una nuova udienza camerale con la partecipazione delle parti.

Il meccanismo ipotizzato dall'art. 72-bis c.p.a. appare processualmente preferibile a quello ipotizzato dall'art. 73 c. 3 c.p.a.

Come si è detto, l'art. 73 c. 3 c.p.a. non prevede la possibilità di contraddittorio scritto se la questione di rito è rilevata d'ufficio in udienza: le parti sono tenute a "improvvisare" la discussione. Solo in via di prassi non scritta, nei casi più complessi il collegio assegna un termine a difesa, rinviando non solo la decisione, ma anche l'udienza. Il meccanismo di cui all'art. 73 c. 3 c.p.a. si discosta dal modello processuale contenuto nel c.p.c. all'art. 101 c. 2, c.p.c., che al contrario prevede sempre l'assegnazione di un termine a difesa anche quando la questione è rilevata d'ufficio in udienza alla presenza delle parti.

La soluzione recata dall'art. 72-bis c.p.a. appare una "via di mezzo" tra il modello dell'art. 101 c. 2 c.p.c. (contraddittorio scritto sempre), e quello dell'art. 73 c. 3 c.p.a. (contraddittorio scritto mai, se la questione è rilevata in udienza), consentendo, in una logica di bilanciamento, un solo contraddittorio orale nei casi semplici, e l'ammissione del contraddittorio scritto nei casi "di particolare complessità" della questione sollevata.

Tuttavia, non ha alcun senso far coesistere nel c.p.a. due meccanismi differenti di contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio, uno nell'art. 72-bis c.p.a. e uno nell'art. 73, c. 3 c.p.a. Bisognava semplicemente sostituire, mediante novella, la norma recata nell'art. 73 c. 3 c.p.a., anziché duplicarla.

7. La fissazione dell'udienza pubblica per le cause non definibili in rito

Dispone l'art. 72-bis c. 2 che *"se la causa non è definibile in rito, il collegio con ordinanza fissa la data dell'udienza pubblica"*.

Si è già osservato che da tale norma si desume che il presupposto della possibilità di "immediata definizione" della causa va circoscritto alle questioni di rito. Invece le questioni di merito, quand'anche la causa appaia nel merito "manifestamente" fondata o infondata, non giustificano la fissazione di una udienza camerale. Sarebbe un inutile dispendio di tempi e attività processuali, fissare una udienza camerale in cui il collegio dovrebbe limitarsi a rilevare che la causa va decisa nel merito, e fissare una udienza pubblica.

Ma la norma in commento ha anche un ulteriore significato, anche avuto riguardo alla sua collocazione subito dopo la previsione secondo cui la questione di rito viene sottoposta al contraddittorio delle parti.

Può accadere che il Collegio, sia autonomamente, sia dopo aver sottoposto la questione di rito al contraddittorio delle parti, si convinca che la questione di rito non sia fondata, e che la causa vada decisa nel merito.

In tal caso, il rito va convertito e la causa va trattata in udienza pubblica.

La disposizione prevede che in tale evenienza il Collegio “*con ordinanza fissa la data dell’udienza pubblica*”.

La prima questione che si pone, già accennata, è se l’udienza pubblica possa essere fissata anche se non c’è istanza di parte di fissazione dell’udienza.

Si è detto che nella prima fase del rito, camerale, sembra non necessaria l’istanza di fissazione dell’udienza. Ma se si converte il rito da camerale a udienza pubblica, non vi sono ragioni per derogare alla regola che occorre istanza di parte di fissazione di udienza.

Quindi, presupposto implicito della possibilità per il Collegio di fissare la data dell’udienza pubblica, è che vi sia una istanza di parte di fissazione dell’udienza.

In mancanza, l’ordinanza si dovrà limitare a ritenere la causa non definibile in rito e a rimetterla sul ruolo delle cause in attesa di fissazione.

Occorre poi interrogarsi sul contenuto di tale ordinanza: la stessa non può infatti limitarsi a fissare la data dell’udienza pubblica, dovendo invece anche dare conto del presupposto della conversione del rito da camerale a pubblico e del rinvio della trattazione. Il presupposto è che “la causa non è definibile in rito”.

Occorre chiedersi quale sia la natura e l’effetto di una ordinanza che affermi che “la causa non è definibile in rito”.

Potrebbe infatti trattarsi di una decisione “parziale” sul rito, che quindi affronta la questione di rito con attitudine al giudicato. E in tal caso, al di là del *nomen iuris*, si tratta di una sentenza parziale, suscettibile, se resa in primo grado, di appello immediato o di riserva di appello.

Ovvero, l’ordinanza collegiale potrebbe più genericamente limitarsi ad affermare che non ricorre una situazione manifesta per definire la causa in rito, senza pronunciarsi sulla questione di rito in modo definitivo, e rinviando ad un approfondimento nell’udienza pubblica, oltre che del merito, anche del rito.

In questo caso, l’ordinanza non decide la questione di rito, e non preclude che nella successiva udienza pubblica la causa possa avere, a seguito di maggiore approfondimento, un esito in rito invece che in merito.

La previsione dell’art. 72-bis sulla ordinanza che fissa l’udienza pubblica se il collegio ritiene che la causa non è definibile in rito, è troppo vaga e generica per consentire all’interprete di optare per una delle due soluzioni sopra viste. E siccome la realtà concreta è più complessa e variegata di quanto la norma possa immaginare e contenere, e siccome l’art. 72-bis non pregiudica in alcun modo i poteri valutativi che altre norme processuali attribuiscono al collegio, è da ritenere che entrambe le soluzioni siano praticabili. Sia quella di una sentenza parziale che respinge la questione di rito con attitudine al giudicato, e conseguente appellabilità, sia quella di una ordinanza che rinvia all’udienza pubblica la decisione sia in rito che in merito, limitandosi ad affermare che la causa non è definibile in rito con immediatezza, senza alcun pregiudizio per una decisione in rito all’esito di un esame più approfondito in udienza pubblica.

Nel primo caso, la decisione è appellabile, perché definisce la questione di rito con attitudine al giudicato.

Nel secondo caso, la decisione non è appellabile, perché non definisce la questione di rito, ma si limita ad affermare che la stessa non è di agevole definizione in udienza camerale.

8. La decisione in forma semplificata

L'art. 72-bis c.p.a. si conclude con la perentoria affermazione che *“in ogni caso la decisione è adottata con sentenza in forma semplificata”*.

Dato che la previsione non indica il contenuto della decisione in forma semplificata, si deve ritenere che faccia implicito rinvio all'art. 74 c.p.a. che indica la “tecnica di redazione” della sentenza in forma semplificata.

Meno chiaro è l'ambito applicativo della sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 72-bis c.p.a. Occorre attribuire significato all'inciso *“in ogni caso”*.

Ci si chiede se la previsione si riferisca solo ai casi in cui la causa è decisa in udienza camerale. Perché solo per una decisione “immediata” di una causa di “pronta definizione” si giustifica la sentenza in forma semplificata.

O se invece la previsione si riferisca pure ai casi in cui il Collegio ritiene che la causa non è definibile in rito, e quindi dispone il rinvio della causa per trattazione in pubblica udienza.

Il dubbio esegetico si pone a causa della collocazione sistematica della previsione. Infatti, l'art. 72-bis prima stabilisce che se la causa non è definibile in rito, il collegio fissa la data dell'udienza pubblica. E subito dopo aggiunge *“in ogni caso”* la decisione è adottata con sentenza in forma semplificata.

Il che potrebbe far pensare che la decisione in forma semplificata si adotta anche nel caso in cui viene fissata l'udienza pubblica.

Ma si tratta di un risultato esegetico illogico e sproporzionato, sicché il criterio della esegesi letterale deve essere superato dal criterio della interpretazione logica e sistematica.

Quindi la decisione in forma semplificata si adotta solo se la causa viene decisa in rito in esito all'udienza camerale, e non se la causa viene rinviata alla pubblica udienza.

9. Conclusioni

Il nuovo rito processuale introdotto dall'art. 72-bis c.p.a. appare, se non addirittura del tutto superfluo, sproporzionato rispetto agli obiettivi.

Le situazioni che intende regolare erano già agevolmente fronteggiabili con gli strumenti processuali vigenti, quali:

- 1) il decreto monocratico per le questioni di rito consistenti in improcedibilità o estinzione;
- 2) la sentenza immediata in esito all'udienza cautelare;
- 3) la fissazione prioritaria dei ricorsi con questione unica;
- 4) la generalizzata sentenza in forma semplificata nei casi di situazioni manifeste;
- 5) i numerosissimi riti con termini dimezzati o ulteriormente ridotti, già previsti dal c.p.a.

Sicché si può anche dubitare della sussistenza del duplice presupposto della necessità e urgenza per l'inserimento di tale disposizione in sede di conversione di un decreto legge.

L'art. 72-bis inoltre si pone come una monade nel tessuto del c.p.a., senza un adeguato coordinamento con le altre previsioni, utilizzando concetti giuridici indeterminati e inediti che si sovrappongono ad altre analoghe espressioni del c.p.a., come il concetto di "immediata definizione", di "eccezionali motivi", "particolare complessità".

Ancora, l'art. 72-bis crea un regime differenziato sul contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio, rispetto all'art. 73 c. 3 c.p.a., di difficile giustificazione costituzionale, oltre che un regime differenziato sulle modalità del rinvio delle cause, rispetto al neointrodotta art. 73, c. 1-bis.

L'art. 72-bis c.p.a. strozza il contraddittorio su cause di merito, senza una effettiva ragione ed esigenza.

Ancora una volta è stato commesso il comune e ricorrente errore di regolare un ambito dell'ordinamento come se fosse una *tabula rasa*, senza alcuna memoria storica di ciò che già esiste e con una povera consapevolezza di come ciò che già esiste funziona o non funziona in concreto.

Ancora una volta, è stato commesso il comune e ricorrente errore di affidare a norme processuali pseudo-salvifiche la soluzione del problema dell'arretrato degli uffici giudiziari, che ha invece bisogno di scelte organizzative e non processuali.

Il tutto, poi, senza una adeguata ponderazione e analisi di impatto nella fase di elaborazione della norma, senza alcuna partecipazione e alcuna audizione preventiva degli attori del processo, giudici e avvocati.

Finché si perdura in norme processuali illusorie in una sorta di autoinganno collettivo, non si rende alcun buon servizio né alla macchina processuale né ai cittadini che attendono fiduciosamente una decisione che sia giusta e tempestiva.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1873 – 21 luglio 2021

Giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie risarcitorie per danno da omessa vigilanza sanitaria su dispositivi medici (nota a Tar Lazio, Sez. III, 13.1.2021 n. 485)

di Maria Grazia Della Scala

Sommario. 1. Il caso. - 2. La responsabilità della P.A. da omessa vigilanza. - 3. Comportamenti omissivi, provvedimenti delle autorità di vigilanza e riparto della giurisdizione. - 4. L'omessa vigilanza tra comportamento ed esercizio della funzione. - 5. Il comportamento omissivo illecito e l'illegittima violazione del dovere di provvedere. - 6. Riparto della giurisdizione e situazione giuridica soggettiva risarcibile. - 7. Riflessioni conclusive.

1. Il caso.

Con la pronuncia in esame il TAR del Lazio declina la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di risarcimento del danno promossa da alcuni cittadini e due associazioni per la tutela dei diritti degli utenti e dei consumatori, nei confronti del Ministero della Salute e del Ministero dello Sviluppo Economico, per omessa vigilanza sulla circolazione, commercializzazione ed utilizzo di dispositivi medici difettosi: protesi mammarie prodotte dall'azienda francese Poly Implant Prothèse, costituita nel 1991, che ha distribuito nell'arco di un ventennio circa due milioni di set in varie parti del mondo.

Nel corso del 2010, a seguito di molteplici segnalazioni di incidente derivanti dall'impianto delle protesi, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, in occasione di un'ispezione presso lo stabilimento di produzione, rilevava che dal 2001 tali dispositivi

venivano realizzati con materiali differenti rispetto a quelli indicati nel procedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e difformi dagli standard internazionali; lo comunicava dunque anche al Ministero della Salute italiano. Quest'ultimo disponeva a distanza di due giorni la sospensione della commercializzazione di tutte le protesi, invitando il distributore a ritirarle dal mercato.

Sulla base del parere reso dal Consiglio Superiore di Sanità, emanava una comunicazione con cui raccomandava ai medici di contattare le proprie pazienti per un *follow up* ravvicinato, invitandole a recarsi presso la struttura presso la quale la protesi era stata impiantata per verificare il relativo produttore e sottoporsi a controllo. A distanza di ulteriori sei mesi, dopo ulteriore istruttoria, il Ministero emanava un'ordinanza di necessità e urgenza in cui si stabiliva che alle portatrici di protesi che manifestavano segni di rottura, contrattura, essudazione, infiammazione, andasse proposto l'espianto a carico del SSN, rimettendosi al medico curante la valutazione e proposta dello stesso a fronte di ragionevole preoccupazione di rottura, o a fini di solo benessere psichico della persona.

Tale ordinanza veniva impugnata nella misura in cui non definiva le modalità di addebito al SSN degli interventi medico/chirurgici realizzati a fronte di indicazione clinica specifica alla rimozione e/o sostituzione delle protesi e alle cure, nonché laddove, - si assumeva -, discostandosi dalle ordinanze di altri Ministeri, comunitari e non, non ordinava la rimozione delle protesi per tutte le donne cui erano state impiantate, indipendentemente dai motivi dell'impianto stesso e dalla struttura, pubblica o privata, convenzionata o accreditata, che lo avesse effettuato, mancando anche la previsione dell'assistenza psicologica in ogni caso a carico del SSN.

Veniva altresì impugnato l'accordo concluso ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 281 del 1997, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sul documento recante "Linee guida di carattere clinico ed organizzativo per la gestione clinica dei casi di persone portatrici di protesi mammarie prodotte dalla ditta Poly Implant Prothese (P.i.p.)", dal contenuto sostanzialmente non difforme dalla predetta ordinanza.

Si assumeva poi illegittima un'ulteriore ordinanza ministeriale che, limitando il percorso organizzativo assistenziale per le pazienti alle risorse disponibili, nulla prevedeva in merito ai casi di non immediato rischio di rottura e agli interventi di tipo estetico.

Il TAR Lazio, Sez. III, con sentenza dell'11/12/2012, n.10296, riteneva le censure infondate, considerato che non spetterebbe a un'ordinanza d'urgenza stabilire le modalità di addebito al SSN, già disciplinate dal diritto positivo, e che gli atti impugnati non contrasterebbero con la definizione dei livelli essenziali di assistenza definiti con dpcm 29 novembre 2001, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 502 del 1992.

I consumatori e le medesime associazioni presentavano, dunque, al TAR domanda di risarcimento dei danni, patrimoniali e non, per omessa o ritardata vigilanza da parte delle amministrazioni resistenti, per aver le medesime violato gli specifici obblighi previsti dal d.lgs. 46/1997 e dalla direttiva CE 93/42, regolanti l'immissione in commercio dei dispositivi medici, anche considerando che le protesi mammarie sono state inserite nella classe III, di massima pericolosità e di massimo controllo dall'art. 1 della dir. CE 2003/12.

Le amministrazioni sarebbero venute comunque meno agli obblighi di natura generale su esse gravanti ai sensi del principio del *neminem laedere*, non conformandosi altresì al principio di precauzione enunciato dall'art. 174 del Trattato CE.

Si sottolineava che le medesime conoscevano o avrebbero dovuto conoscere la pericolosità e inidoneità delle protesi *de quibus* molto prima del loro effettivo intervento, avendo il produttore ricevuto già nel 2000 una *warning letter* della *Food and Drug Administration* per alcune irregolarità delle protesi saline, dal 1992 al 2006 pertanto escluse dal mercato statunitense.

Il TAR del Lazio, con la sentenza n. 485/2021 in esame declina la propria giurisdizione rilevando la sussistenza in capo ai ricorrenti di situazioni di diritto soggettivo, non venendo in rilievo (in via diretta) poteri amministrativi.

Quelli contestati sarebbero “comportamenti doverosi” delle Autorità di controllo del settore previsti a favore di coloro che fruiscono dell'attività oggetto di vigilanza che, dunque, sarebbero tenute a rispondere verso gli utenti “delle conseguenze della violazione dei canoni comportamentali della diligenza, prudenza e perizia, nonché delle norme di legge e regolamentari relativi al corretto svolgimento dell'attività di vigilanza, quali espressione del principio generale del *neminem laedere*”.

2. La responsabilità della P.A. da omessa vigilanza.

La pronuncia è occasione per una breve riflessione sulle incertezze che circondano il riparto di giurisdizione sulle controversie risarcitorie promosse nei confronti della p.a., particolarmente a fronte di comportamenti omissivi[1]; controversie che, in linea di principio, seguono le ordinarie regole di riparto[2] *prima facie* basate, secondo la formulazione dell'art. 7 del codice del processo amministrativo, all.1 d.lgs.n.104/2010, sulla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive lese, con l'eccezione delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva[3].

La decisione muove anzitutto dall'assimilazione della vigilanza sanitaria a quella esercitata da Consob e Banca d'Italia sull'attività di banche e intermediari finanziari a tutela del mercato e degli investitori, in relazione alla quale le Sezioni Unite hanno più volte riconosciuto che le controversie promosse in ragione della relativa omissione sono di competenza del giudice ordinario, stante l'asserita carenza, in capo ai risparmiatori/investitori, di una relazione diretta con il potere amministrativo.

I dubbi sulla giurisdizione sono stati tuttavia, risolti solo nel tempo dalle Sezioni Unite, come lo stesso Tar del Lazio ricorda[4].

Fino a pochi decenni fa, non si rinveniva in capo ai risparmiatori, a fronte di condotte negligenti delle autorità di vigilanza, alcuna situazione soggettiva giuridicamente qualificata e suscettibile di tutela giurisdizionale, sulla base dell'estraneità al potere di controllo, il quale, pur funzionale all'interesse generale della tutela del risparmio, era considerato diretto verso soggetti altri, banche e intermediari finanziari. Risparmiatori e investitori erano considerati titolari di interessi di mero fatto[5].

Parte della dottrina sottolineava, tuttavia, come l'impossibilità di configurare interessi legittimi, legittimanti il ricorso al giudice amministrativo[6], avrebbe potuto non escludere una tutela risarcitoria davanti al giudice ordinario ove fosse stato possibile rinvenire gli elementi della responsabilità extracontrattuale, a partire dalla titolarità di una situazione giuridica di diritto soggettivo e da una condotta colposa dell'amministrazione[7].

Se un primo superamento di queste posizioni derivava dall'evoluzione della legislazione che, nel meglio disciplinare i poteri di vigilanza, avrebbe consentito un riconoscimento in capo agli investitori di posizioni di interessi legittimo di tipo pretensivo, si assumeva che il diritto positivo non ne consentisse, allora, una tutela risarcitoria[8].

Agli inizi degli anni 2000 la giurisprudenza, anche delle Sezioni Unite, inizia a percepire in capo ai beneficiari dell'attività di vigilanza la titolarità di un diritto soggettivo di credito, quale *species* del diritto all'integrità del proprio patrimonio, suscettibile di tutela risarcitoria in ragione, in una con la maggiore "legificazione" delle finalità istituzionali delle autorità di vigilanza, del progressivo ampliamento delle situazioni giuridiche soggettive risarcibili[9] attraverso una interpretazione estensiva del "diritto soggettivo", infine apparentemente comprensive dell'interesse legittimo (Sez.Un. 500/99)[10].

Il primo *revirement* del giudice della giurisdizione operava considerazioni importanti: il potere discrezionale o tecnico-discrezionale delle autorità non esclude la configurabilità di diritti soggettivi, suscettibili di essere lesi dall'esercizio, come dal mancato esercizio dei medesimi.

I principi di diligenza, prudenza, correttezza delimitano il potere, anche discrezionale, definendone i confini e integrando gli elementi della colpa dell'amministrazione; colpa anche desumibile dalla violazione di quelle più puntuali norme che regolano specificamente i poteri di vigilanza.

La violazione del vincolo interno costituito dal fine d'interesse generale che le autorità di vigilanza devono perseguire istituzionalmente e che impone loro di attivarsi in determinate circostanze, non esclude la violazione del vincolo esterno costituito dalla regola del *neminem laedere*[11].

Tali posizioni erano a ben vedere avanzate nel panorama europeo e non imposte dal diritto sovranazionale in materia di vigilanza prudenziale, essendo frutto di una maturazione tutta domestica delle forme di tutela nei confronti dell'amministrazione[12].

Dunque il TAR del Lazio fa proprie tali considerazioni, peraltro già abbracciate dal Consiglio di Stato[13], ritenendo l'utilizzatore delle protesi in questione titolare, in virtù di norme dell'ordinamento generale, di un diritto soggettivo alla salute e all'integrità fisica, suscettibile di lesione da un comportamento negligente dell'amministrazione sanitaria. Riconosce, così, implicitamente che quest'ultima esercita poteri di vigilanza verso soggetti diversi dagli utenti, nella specie produttori, commercializzatori, distributori di dispositivi medici, esulando il relativo diritto soggettivo dall'ambito di esplicazione del potere pubblico.

3. Comportamenti omissivi, provvedimenti delle autorità di vigilanza e riparto della giurisdizione.

Tali assunti appaiono coerenti con l'usuale riconoscimento, da parte della giurisprudenza, della giurisdizione ordinaria sulle domande di risarcimento danno avanzate nei confronti del Ministero della Salute per lesioni derivate da emotrasfusioni di sangue infetto e da emoderivati^[14] o sulle domande di ristoro di danni derivanti da vaccinazioni^[15], anche quando volte a ottenere gli indennizzi previsti dalla legge, prima e a prescindere dal fatto che la disciplina positiva abbia previsto espressamente che i medesimi debbano essere corrisposti dal Ministero della Salute. Discorsi rispetto ai quali appare non assorbente l'argomento del diritto fondamentale^[16], pur utilizzato, assumendo rilievo la natura di diritto soggettivo dell'interesse leso, unitamente alla consistenza delle regole giuridiche violate.

La prospettiva appare diversa quando il soggetto che lamenti un danno a causa del ritardo o dell'inerzia dell'amministrazione sia titolare di un interesse disponibile dal potere amministrativo. Così, ad esempio, in materia urbanistica, si riconosce la giurisdizione del g.a. a fronte di una domanda risarcitoria connessa all'inerzia dell'amministrazione nel ripianificare un'area in precedenza disciplinata da un vincolo preordinato all'esproprio scaduto; ipotesi nella quale l'interessato, sebbene non legittimato tipicamente all'avvio di un procedimento, lamenta il mancato esercizio di un potere naturalmente destinato a produrre effetti nella relativa sfera giuridica^[17]; così, sulle domande risarcitorie avanzate da terzi titolari di situazioni differenziate, segnalanti abusi edilizi, a fronte del mancato o tardivo ordine di demolizione^[18].

La realtà delle cose si manifesta più complessa laddove i poteri di vigilanza siano esaminati nel loro risvolto attivo. Basti pensare che gli stessi soggetti che hanno promosso l'azione risarcitoria contro i Ministeri vigilanti nel caso in esame sono stati in precedenza considerati implicitamente legittimati all'impugnazione degli atti amministrativi che hanno definito le modalità di tutela dei soggetti interessati dall'impianto delle protesi a carico del SSN, con l'eccezione di un'associazione non iscritta nell'elenco delle associazioni di consumatori e utenti istituito dall'art. 137, comma 1, del codice del consumo, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206^[19].

Diversamente, le Sezioni Unite affermano la giurisdizione ordinaria, in materia di vigilanza finanziaria, "non solo rispetto ai comportamenti silenziosi, ma anche nel caso di comportamenti tradottisi in atti presi nei confronti dei soggetti abilitati, quando si postula dai risparmiatori che dagli uni o dagli altri sia derivato un danno"^[20]. Soluzioni non pianamente conciliabili.

Complesse sono, invero, anche le vicende relative alla responsabilità per danni da emotrasfusioni e da vaccinazioni non solo obbligatorie, riguardo alle quali, le Sezioni Unite hanno di recente sostenuto che, ferma la giurisdizione ordinaria sulla domanda di risarcimento fondata sulla lesione del diritto soggettivo alla salute, anche per omessa vigilanza sanitaria, spetterebbe al giudice amministrativo giudicare sulla legittimità del ritardo nell'emanazione da parte della p.a. dei decreti ministeriali previsti dalla legge, che definiscono le procedure e condizioni di ammissione ai moduli transattivi, come sul rifiuto dell'ammissione alla procedura finalizzata alla stipula della transazione, ritenendo, poi, questione di merito la valutazione circa la titolarità in capo agli interessati di un effettivo interesse legittimo o di un interesse semplice^[21]; decreti intesi come esercizio di potere autoritativo. Con ciò si contraddicono le posizioni del Consiglio di Stato che, mutando il suo precedente indirizzo, aveva riconosciuto la giurisdizione ordinaria, ravvisando atti amministrativi meramente esecutivi della legge, che "per definizione" non potrebbero

incidere sui diritti soggettivi coinvolti, almeno per i profili della disciplina della transazione, della prescrizione, del risarcimento e della responsabilità”, regolata e regolabile unicamente dalla legge[22], potremmo aggiungere, da norme dell’ordinamento generale che disciplinano i rapporti tra soggetti dell’ordinamento.

Se in quest’ultimo caso, gli indugi provengono da evidenti perplessità sull’interpretazione delle norme attributive all’amministrazione di compiti volti al soddisfacimento di diritti soggettivi pacificamente lesi, denunciando la mancata adesione a un solido e comune quadro teorico, nelle altre ipotesi, il positivo esercizio del potere sembra necessariamente misurarsi con la titolarità di interessi legittimi[23]. Non esulerebbe, dunque, aprioristicamente dall’ambito esercizio del potere amministrativo l’interesse del proprietario aspirante a una nuova pianificazione dell’area non necessariamente a lui favorevole, come del risparmiatore in riferimento all’attività di vigilanza creditizia, come dell’utilizzatore di un dispositivo medico rispetto alla vigilanza sanitaria.

4. L’omessa vigilanza tra comportamento ed esercizio della funzione.

Le esitazioni sulla giurisdizione in relazione ai comportamenti omissivi della p.a. affiorano anche dall’analisi della stessa giurisprudenza in materia di responsabilità da omessa vigilanza bancaria e creditizia, chiamata, in ragione della formulazione dell’art. 133 cpa a individuare più precisamente il confine tra giudice ordinario e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ovvero tra comportamento mero e comportamento mediamente collegato all’esercizio del potere[24].

Già sotto il vigore dell’art. 7 della l. 205/2000, la Cassazione aveva affermato che le controversie in esame esulavano dalla giurisdizione esclusiva mancandone il presupposto dell’esercizio di poteri autoritativi[25], e ancor più di recente la medesima è negata sulla base del dato testuale degli artt. 7 e 133 cpa[26]. Non mancano, tuttavia, recenti posizioni della giurisprudenza ordinaria in cui tali liti sono ascritte alla materia di vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare espressamente contemplate dall’art. 133 cpa lett.c). Da sottolineare è che, in questi casi, la posizione giuridica vantata dall’investitore rispetto a detti organismi di controllo, viene qualificata di interesse legittimo, in quanto – si osserva – “i poteri di vigilanza non mirano a tutelare specifici interessi individuali, ma l’interesse pubblico al corretto andamento del mercato, per la cui tutela l’ente è dotato di discrezionalità nell’uso dei mezzi a sua disposizione”[27]. Se appare improprio il riferimento alla discrezionalità, sembra meritevole di riflessione la considerazione dell’esistenza di un potere amministrativo funzionale a interessi generali che implica la possibilità di una tutela dell’interesse individuale unitamente all’interesse pubblico.

Le stesse Sezioni Unite della Cassazione, avevano peraltro, solo qualche anno fa riconosciuto che la pretesa azionata in via cautelare dai titolari delle azioni di una società quotata nei confronti della Consob, avente ad oggetto non il risarcimento del danno ma la condanna dell’autorità ad esercitare i poteri di vigilanza alla stessa attribuiti dall’ordinamento per assicurare la correttezza e la trasparenza dei mercati finanziari, rientrerebbe nell’ambito della giurisdizione del giudice amministrativo “non essendo qualificabile come diritto soggettivo, ma eventualmente come interesse legittimo”. Spetterebbe, poi, al giudice amministrativo – si afferma - stabilire, “in concreto e nel merito, se l’interesse del privato volto ad ottenere o a

conservare un bene della vita quando esso viene a confronto con un potere attribuito dalla legge all'Amministrazione non per la soddisfazione proprio di quell'interesse individuale, ma di un interesse pubblico *che lo ricomprende* (corsi nostri) e per la cui realizzazione è dotata di discrezionalità nell'uso dei mezzi a sua disposizione, costituisca un interesse meritevole di tutela ovvero rientri tra gli interessi di mero fatto"[28]. La discrezionalità, ridotta a discrezionalità nel *quomodo*, non costituisce, dunque, chiaramente criterio di riparto della giurisdizione, mentre la previsione della giurisdizione esclusiva potrebbe perfino rivelarsi superflua, ravvisandosi interessi legittimi coinvolti dall'esercizio/mancato esercizio di un potere pubblico[29].

Tali argomenti danno certamente conto della difficoltà di individuare, se non in alcune specifiche ipotesi,[30] il comportamento mediamente collegato all'esercizio del potere nella misura in cui, a fronte del potere della P.A. finiscono per configurarsi naturalmente interessi legittimi - ponendo così in dubbio la stessa utilità della giurisdizione esclusiva come oggi conformata[31]. Ad ogni modo, l'analogia struttura dei rapporti tra paziente e Ministero della Salute rispetto a quelli tra risparmiatore e Consob/Banca d'Italia consente in effetti ragionamenti analoghi, alla luce dell'alternativa, emersa nella giurisprudenza, tra esistenza del potere/suo cattivo esercizio in relazione a comportamenti omissivi e ritardi dell'amministrazione, pur a fronte della dichiarata individuazione del *discrimen* delle giurisdizioni nella natura dell'interesse sostanziale leso[32].

5. Il comportamento omissivo illecito e l'illegittima violazione del dovere di provvedere.

La giurisprudenza sopra menzionata ricorda, in effetti, che l'omesso esercizio di un comportamento doveroso, può rilevare come comportamento illegittimo[33], così come il ritardo, sanzionati dagli artt. 2 e 2 bis della l. n. 241/1990[34]. Perché possa configurarsi un cattivo esercizio del potere, tuttavia, deve sorgere in capo all'amministrazione un dovere di provvedere imposto da norme sull'esercizio della funzione, esito di un'iniziativa considerata dall'ordinamento amministrativo idonea ad attivare l'esercizio del potere amministrativo[35]. Il che può verificarsi anche laddove poteri d'ufficio siano stimolati da terzi, in posizione differenziata, che rappresentino circostanze tali da rendere l'azione vincolata, nell'*an* e nel *quando*, per il perseguimento dell'interesse generale e, eventualmente e mediamente, di quello individuale, anche solo strumentale[36].

Se questo può sembrare germe di confusione tra le giurisdizioni, così non è ove si consideri come le medesime sono storicamente ordinate non sulle situazioni giuridiche soggettive individuali ma sull'esercizio del potere dell'amministrazione[37], che condiziona l'applicazione di norme di relazione ovvero di norme di azione[38]; distinzione talvolta respinta[39], ma il cui abbandono mostra tutta la sua pericolosità quando si guardi alle oscillazioni sulla giurisdizione in materia di sostegno agli studenti disabili[40], o si pensi alle questioni che investono i limiti interni della giurisdizione amministrativa[41].

Con una precisazione, utile a offrire ordine anche con riferimento alle controversie risarcitorie in relazione ad azioni positive delle autorità di vigilanza, promosse dai relativi beneficiari: in primo luogo, che il potere amministrativo può dirsi sussistente in quanto una norma dell'ordinamento generale abbia attribuito all'amministrazione la capacità di disporre

delle situazioni giuridiche degli amministrati[42]; che il potere dell'amministrazione non può essere apprezzato in astratto ma nella sua relazione con l'interesse individuale; non può essere considerato nel suo aspetto statico ma in quello dinamico[43]. E l'interesse legittimo, chiariscono la dottrina più autorevole e la giurisprudenza ormai consolidata, non sorge a fronte di un provvedimento amministrativo, di una decisione finale ma di un potere in atto, nel suo esercizio o mancato esercizio, suscettibile di produrre effetti nella sfera giuridica dell'interessato, anche qualora, stante la multipolarità dell'azione amministrativa, egli non ne sia il destinatario primo[44].

Peraltro, un criterio di riparto che dia ragione di un sistema di giurisdizione dualistico sulle controversie nei confronti della P.A. e che non può riposare su un criterio distintivo fondato sulla vincolatività/discrezionalità del potere[45], né su visioni restrittive delle situazioni giuridiche soggettive o sul loro disconoscimento, chiama in gioco la duplicità di ordini normativi che possono regolare tanto l'azione che l'inazione dell'amministrazione: norme dell'ordinamento generale che tutelano in via diretta interessi dei singoli, norme dell'ordinamento amministrativo che disciplinano l'esercizio del potere in funzione dell'interesse generale e, insieme, dell'interesse soggettivo.

6. Riparto della giurisdizione e situazione giuridica soggettiva risarcibile.

Che il riparto della giurisdizione, anche sulle controversie risarcitorie e anche su quelle originanti da condotte omissive, si radichi sulla configurabilità in concreto dell'esercizio del potere è conseguenza dell'attuale diritto positivo che devolve al giudice amministrativo la giurisdizione sulle domande di risarcimento del danno in tutto l'ambito della sua giurisdizione, mentre sarebbe fuorviante ragionare secondo una contrapposizione diritti/interessi laddove la dottrina ha ben dimostrato come le situazioni giuridiche soggettive risarcibili sono in ogni caso diritti, ciò necessariamente anche quando la tutela risarcitoria sia erogata dal giudice dell'esercizio della funzione[46].

Può convenirsi con la più attenta dottrina che i comportamenti inerti e ritardi dell'amministrazione appaiono suscettibili di una duplice qualificazione: come illeciti e lesivi di diritti soggettivi ove violativi di norme dell'ordinamento generale che delimitano i confini del potere amministrativo, come illegittimi e potenzialmente lesivi di interessi legittimi, ove posti in violazione di norme di esercizio del potere amministrativo, espressione della sua autonomia pubblica[47]. Con la possibilità di una plurima qualificazione, come illegittimi e illeciti, ove siano contemporaneamente violati i due ordini normativi dallo stesso comportamento[48], non essendo sufficiente l'illegittimità della condotta a fini risarcitori, ovvero rilevando ai due diversi fini singoli segmenti dei medesimi comportamenti[49]. Allorché a fronte di un esercizio di potere – anche come non esercizio – si rilevi altresì la violazione di norme posta a diretta tutela dell'interesse individuale, come quelle che declinano i singoli poteri pubblici ovvero le clausole generali di diligenza, prudenza, perizia, correttezza, ecc.[50], sarà possibile accordare, in sede di giurisdizione amministrativa, la tutela risarcitoria del diritto soggettivo.

Imparzialità e diligenza non sono la stessa cosa, non configurano norme della medesima tipologia benché sempre più spesso utilizzate in modo quasi fungibile[51], sono conoscibili

da giudici distinti o, nelle controversie risarcitorie di competenza del giudice amministrativo, a diversi fini.

7. Riflessioni conclusive.

La sentenza esame appare condivisibile, avendo correttamente declinato la giurisdizione amministrativa. La sintetica motivazione, che sostanzialmente rinvia a quella delle pronunce, anche molto recenti, delle Sezioni Unite sulle controversie risarcitorie in materia di vigilanza bancaria e creditizia -dovendo essere quindi letta unitamente a queste-, suggerisce però più attente riflessioni sul criterio di riparto, essendo le motivazioni delle pronunce richiamate a loro volta appiattite sull'affermazione dell'astratta insussistenza di un potere amministrativo capace di interessare direttamente i beneficiari dell'attività di vigilanza. Il che non sembra del tutto esatto. Manca, nel caso in esame come in quelli richiamati, un qualificato esercizio/non esercizio illegittimo idoneo a relazionarsi con una situazione giuridica soggettiva differenziata di interesse legittimo, quale segmento del comportamento illecito capace di radicare la giurisdizione amministrativa.

Tale regola di riparto della giurisdizione, anche nelle controversie risarcitorie, è funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale^[52], rappresentando un criterio sistematico di separazione, indispensabile in ogni sistema dualistico^[53]. Il sindacato su di esso rappresenta ancora ragione dell'esistenza di un giudice amministrativo^[54] nella sua attitudine a rispondere alla dimensione assiologica delle aspettative del cittadino. Ciò malgrado l'ibridazione dovuta all'estensione della giurisdizione esclusiva^[55] e all'attribuzione, per ragioni di semplicità e di concentrazione dei giudizi, delle controversie risarcitorie. Non per questo, in ogni caso, il giudice amministrativo deve scolorire in puro giudice dei diritti ^[56].

[1] In generale sulla responsabilità per danno da comportamento della p.a.: P. Chirulli, *Responsabilità da comportamento*, in *www.iuspublicum.it*, 2011.

[2] Cfr., da ultimo, Cons. St., ad. plen. 23 aprile 2021 n. 7, che peraltro riconosce che "Il paradigma cui è improntato il sistema della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o per il mancato esercizio di quella doverosa, devoluto alla giurisdizione amministrativa, è quello della responsabilità da fatto illecito".

[3] VV. la sintesi di V. Domenichelli, P. Santaniello, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, in *www.iuspublicum.it*, 2011.

[4] Cfr. M. Pastore, *Consob e omessa vigilanza: un modello di responsabilità in via di definizione*. in *Danno e responsabilità*, 2011, 12, 1175.

[5] Cfr., ad es., Cass. Sez. Un., 14 gennaio 1992 n. 367, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1992, II, 393 ss., e *ivi* N. Marzona, *Le posizioni soggettive del risparmiatore secondo il giudice della giurisdizione: una difficile tutela*; Cass. Sez. Un., 29 marzo 1989 n. 1531 in *Giur. it.*, 1990, I, 440 ss., con nota di F. Vella, *Proposta di avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa nei confronti di imprese bancarie e responsabilità degli organi di vigilanza*; Trib. Milano, 9 gennaio 1986 in *Giur. comm.*, 1986, II, 427 ss., con nota di M. Cera, *Insolvenza del banco ambrosiano e responsabilità degli organi pubblici di vigilanza*, Corte d'Appello di Milano, 13 novembre 1998, in *Società*, 2001, 570 ss., anche ricordate da D. Stanzione, *La responsabilità della Consob per omessa o inadeguata vigilanza: substance over form*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, 4, 367 ss.

[6] Cfr. Alb. Romano, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, F. Francario, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in F. Francario, M. A. Sandulli, *Profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione amministrativa*, in ricordo di Leopoldo Mazzaroli, Napoli, 2017, 1 ss., M. A. Sandulli, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto*, *Ibidem*, 339, M. C. Romano, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2013. V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014. Per posizioni diverse, v. di recente C. Cudia, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *Persona e amministrazione*, 2019, 2.

[7] Per aperture al riconoscimento di una responsabilità civile della Consob., v. G. Castellano, *I controlli esterni*, in G.E. Colombo, G.B. Portale, *Trattato delle società per azioni*, 1998, 5, M. Cera, *La Consob*, Milano, 1984, Id., *Insolvenza del Banco Ambrosiano e responsabilità degli organi pubblici di vigilanza*, cit. con perplessità tuttavia proprio in relazione alle posizioni della giurisprudenza contrarie alla risarcibilità degli interessi legittimi. Cfr. D. Stanzione, *Op. cit.*, nota 24.

[8] G. Scognamiglio, *La responsabilità civile della Consob*, in *Riv. dir. Comm.*, 2006, 700.

[9] G. Scognamiglio, *La responsabilità civile della Consob*, cit., D. Stanzione, *La responsabilità della Consob*, cit.

[10] F. Capriglione, *Responsabilità e autonomia delle autorità di controllo del mercato finanziario di fronte alla "risarcibilità degli interessi legittimi"*, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, M. Clarich, *La responsabilità della Consob nell'esercizio dell'attività di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Cass. n. 500/1999*, in *Danno e resp.*, 2002, 223 ss.

[11] Cass. Sez. I civile, 3 marzo 2001 n. 3132.

[12] G. Scognamiglio, *Op. cit.* Carriero, *La responsabilità civile dell'autorità di vigilanza*, in *Foro it.*, 2008, 221 ss., G. Stanzione, *Op. cit.*, con particolare riguardo ai dubbi emersi nell'ordinamento giuridico tedesco.

[13] Cfr. Cons. St., Sez. VI, 9 ottobre 2020 n. 5991, in cui si osserva come correttamente il giudice di prime cure avesse rilevato il difetto di giurisdizione "in linea con l'orientamento della giurisprudenza".

[14] Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, nn. 576 e 577; Cass., Sez. Un., Cass. III, 1 dicembre 2009, n. 25277. V. anche TAR Lazio, Roma, sez. III, 5 maggio 2014, n.4621. Cfr. M. Poto, *Problematiche in tema di responsabilità del Ministero della sanità per omessa vigilanza sulla sicurezza del sangue e degli emoderivati*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2003, 3, 831, **G. F. Aiello, La responsabilità del Ministero per omessa vigilanza sull'attività di raccolta e distribuzione di sangue infetto**, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, 7-8, 664.

[15] Cfr., *ex multis*, Cass. Sez. Un., 8 maggio 2006, n.10418. Per una ricostruzione in termini di responsabilità da attività lecita: E. Scotti, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012.

[16] Per l'erroneità del presupposto della riserva alla giurisdizione ordinaria della tutela dei diritti fondamentali, v., ad es., Cass. Sez. Un., 5 febbraio 2008 n. 2656, sul diritto fondamentale all'educazione dei figli, Cass. Sez. Un., 3 giugno 2015 n. 11376, relativa all'organizzazione del servizio farmaceutico., Tar Liguria, 19 settembre 2019 n. 722 sul servizio di refezione scolastica e il diritto all'autorefezione. Sulla legittimità costituzionale dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. di controversie relative a diritti fondamentali: C. Cost., 5 febbraio 2010 n. 35. Per le complesse vicende che hanno riguardato il diritto all'istruzione degli studenti disabili: M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 275., M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020. In generale, sulla tutela dei diritti fondamentali da parte del giudice amministrativo, cfr. E. Scotti, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *www.questionegiustizia.it*, 2021, L. Galli, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine fundamental rights and administrative judge: a look beyond the border*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 978, F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo nel sistema multilivello delle tutele*, in *www.giustizia - amministrativa.it*.

[17] Altra essendo la questione di quando l'interesse legittimo sussista in concreto: Cassazione civile sez. I, 18 marzo 2016, n.5443, Consiglio di Stato sez. IV, 09 novembre 2019: ritenendosi che la protezione del privato rispetto al potere pianificatorio di aree oggetto di vincolo decaduto sia di natura procedimentale, sostanziandosi "quale mero riflesso dei doveri dell'amministrazione, nella tutela dell'interesse al corretto esercizio del potere pianificatorio mediante la previsione di strumenti di reazione all'inerzia per far dichiarare l'illegittimità del silenzio e l'obbligo di ripianificazione". Non sarebbe tutelata la mera aspettativa di edificabilità o utilizzabilità del fondo.

[18] V., ad es., Cons. St., IV, n. 5160, 3 agosto 2010 n. 5160, Cons. St., VI, 5 luglio 2019 n. 4682.

[19] Iscrizione che, secondo quanto chiarito sia dall'Adunanza plenaria 11 gennaio 2007, n. 1, che dal medesimo TAR Lazio (sentenze nn. 2704 del 21 marzo 2012, 1620 dell'8 febbraio 2010 e 7868 del 5 agosto 2009), costituisce requisito essenziale perché, ai sensi dell'art. 139 dello stesso decreto, un'associazione possa ritenersi legittimata a ricorrere e a resistere.

[20] V. ad es. Cass. Sez. Un., 2 maggio 2003 n. 6719. Soluzioni che sembrano coerenti con i tentativi delle Sezioni Unite di estendere la giurisdizione ordinaria sulle controversie risarcitorie nascenti da lesione dell'affidamento del privato a fronte di provvedimenti, espressione dell'esercizio di poteri amministrativi. Cfr., per tutte, Cass. ord. nn. 6594, 6595, 6596 del 2011 in cui si è riconosciuta la giurisdizione ordinaria sulle controversie risarcitorie per lesione dell'affidamento ingenerato da atti amministrativi illegittimi poi annullati. Per una critica alle posizioni volte a riconoscere la giurisdizione ordinaria a fronte dell'esercizio di poteri pubblicistici: M. A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, Ad plen., 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass., Sez. un., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6, 479, e v. R. Villata, "Lunga marcia" della Cassazione verso al giurisdizione unica ("dimenticando" l'art.103 della Costituzione? in *Dir. proc. amm.*, 2012, 324 ss. Per una sintesi della giurisprudenza sul tema e un commento all'ordinanza di rimessione alla plenaria: C. Napolitano, *Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato (nota a Cons. St., ord. 9 marzo 2021, n. 2013)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021.

[21] Cass. Sez. Un., ord. 3 febbraio 2016 n. 2050.

[22] Cons. St., Sez. III, 28 marzo 2014 nn. 1501, 1501, 1503, 1504, 1505, 1506.

[23] V. le considerazioni di M. A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, cit.

[24] Cfr., per tutte, Cass. Sez. Un., 05 marzo 2020, n. 6324. Corte cost., 6 luglio 2004, n.204, Corte cost., 11 maggio 2006, n.191, Corte cost., 26 maggio 2006, n.205, Corte cost., 20 luglio 2006, n.306, Corte cost., 27 aprile 2007, n.140, V. Corte cost., 0 febbraio 2010, n.35, Corte cost., 8 ottobre 2010, n.293, Corte cost., 22 dicembre 2010, n.371, Corte cost., 12 maggio 2011, n.167, Corte cost., 18/02/2011, n.54, Corte cost., 15 luglio 2016, n.179.

[25] Cass. Sez. Un., 2 maggio 2003 n. 6719.

[26] V., da ultimo, Cass. Sez. Un., 5 marzo 2020 n.6324.

[27] Tribunale Ancona, 20 febbraio 2019, n.331.

[28] Cass., Sez. Un., 18 maggio 2015, n.10095.

[29] Per la successiva negazione che questa decisione si suscettibile di influire, in via generale, sul riparto della giurisdizione in materia di omessa vigilanza: Cass, Sez. Un., 18 maggio 2015 n. 10095, cit., Cass. Sez. Un., 5 marzo 2020 n.6324 Vi si afferma, con considerazioni invero discutibili: "in primo luogo, la citata decisione ha premesso che la questione di giurisdizione non atteneva alla domanda risarcitoria ma unicamente a quella <>, contestualmente proposta. In secondo luogo, non si potrebbe interpretare il suddetto precedente come se fosse ricognitivo della regola della duplicità delle giurisdizioni, a seconda del modo di declinare la domanda risarcitoria, da devolvere al giudice ordinario se proposta per equivalente e al giudice amministrativo se proposta in forma specifica), in considerazione della natura rimediabile della tutela risarcitoria in entrambi i casi?".

[30] Come ad esempio, in materia di accordi amministrativi (tra le più recenti: TAR Campania, Napoli, VII, 2 ottobre 2020, n.4192, TAR Lazio, Roma, sez. III, 1giugno 2020, n.5823, Cons. St., sez. IV, 28 settembre 2016, n. 4026, Cass. Sez. Un., 10 novembre 2020, n.25209), di occupazione acquisitiva, sia pur con incertezze relativamente alla configurabilità di diritti soggettivi (*ex multis*: Cass., Sez. Un., 17 settembre 2019, n.23102), di mancata retrocessione del bene espropriato (TAR Calabria, Catanzaro, II, 16 maggio 2019, n.990), di questioni patrimoniali relative ai rapporti di pubblico impiego non privatizzato (Sul punto v. Cass., sez. un., 14 gennaio 2005, n. 601).

[31] F. G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1095.

[32] Cass. Sez. Un., 5 marzo 2020 nn. 6324, 6325, cit., Cass. Sez. Un. 6 marzo 2020 n. 6451, 6452, 6453, 6454; posizioni discutibilmente basate sulla stessa esclusione di una giurisdizione di legittimità, che certamente sussiste almeno nelle controversie che coinvolgono gli intermediari. Per la negazione di una giurisdizione esclusiva sulle controversie risarcitorie per responsabilità della p.a. nell'ambito dei servizi sanitari, v. Cass. Sez. Un., 8 maggio 2006, n.10418 e più di recente: TAR Sicilia, Catania, IV, 1aprile 2015, n. 925.

[33] Su cui v. ampiamente A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica Amministrazione*, Milano, 2005. e già, sia pur posizioni diverse: M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995. Cfr. sulla tutela giurisdizionale verso i silenzi e i ritardi della P.A. M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 722. Sulle evoluzioni antecedenti la L. n.241/1990: A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988.

[34] Per cui v. M.L. Maddalena, *Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016. Con particolare riguardo alla disciplina degli indennizzi per il mero ritardo: M. Ragusa, *Forme di tutela all'interesse alla (tempestiva) conclusione del procedimento (nota a Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 20 aprile) in www.giustizainsieme.it*, 2021.

[35] A. Cioffi, *Conclusione del procedimento*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.

[36] TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 19 maggio 2008, n. 523. Sul rilievo degli interessi strumentali nel processo amministrativo, cfr., ad es., tra le pronunce più recenti: Consiglio di Stato sez. III, 1 marzo 2021, n.1708, TAR Campania, Napoli, V, 22 gennaio 2021, n. 496, Corte cost., 13 dicembre 2019, n.271.

[37] Alb. Romano, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511; F.G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2008, 1.

[38] Per l'utilizzo di queste categorie ai fini del regime di invalidità degli atti amministrativi: P. Lazzara, *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Treccani - Diritto online*, 2012.

[39] Cfr., ad es., le riflessioni di G. Verde, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367.

[40] Su cui v. ad es., M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, cit., M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, cit.

[41] Per i dibattiti sollevati dalla recente ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione, cfr. A. Barone, *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 557, M. Clarich, *Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario*, in *www.questionegiustizia.it*, 2021, 1. V. già Corte cost., 18 gennaio 2018, n.6.

[42] A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzaroli, Pericu, A. Romano, Roversi Monaco, Scoca, IV ed., Bologna, 2005, 145 ss.

[43] A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, ad *vocem*, in *Enc. Dir.*, 1998, 41, 966 ss., 979-980, F. G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017, 458.

[44] A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005.

[45] Cfr., di recente, Cons. St., Sez. III, 21 ottobre 2020 n. 6371, in cui si osserva, appunto che *proprium di una situazione giuridica soggettiva che l'ordinamento pone in sede di conformazione della sfera giuridica privata al fine di evitare anche l'utilità spettante possa andare a detrimento dell'interesse pubblico predefinito dalla legge e affidato alle cure dell'amministrazione*. "Il potere, dunque, rimane espressione di "supremazia" o, in termini più moderni, di "funzione", anche se l'an e il quomodo del suo esercizio sono predeterminati dalla legge" >. Cfr. tra i contributi più recenti: F. G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 1.

[46] Cfr. Alb. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi; se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, Id., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?* in *Foro it.*, 1999, 3222, che osserva, in primo luogo come ai fini della risarcibilità, l'attività pubblicistica dell'amministrazione rilevi pur sempre come fatto lesivo di un diritto. Peraltro, anche quando l'interesse legittimo che si assume leso ha carattere pretensivo "la controversia ha per oggetto un certo bene della vita"; che qui si atpeggia come possibilità di esplicitare l'attività subordinata agli effetti ampliativi del provvedimento richiesto. Su tali posizioni, cfr. anche A. Romano Tassone, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, in *www.giustizia - amministrativa. it*, 2004, F.G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2008, 1, F. Merusi, *La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020.

[47] Alb. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987.

[48] G. Racca, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in R. Garofoli, G.M. Racca, M. De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 3 ss. Cfr. già Alb. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 1, 111 ss. che osserva come si

possa affermare che “per gli atti e comportamenti anche dell’amministrazione, e anche per quelli suoi pubblicistici, non possono non valere per essa doveri elementari e generalissimi” espressi dall’ordinamento generale: “quelli di buona fede, correttezza, rispetto dell’affidamento e così via”. “E neanche l’amministrazione, neppure con suoi atti o comportamenti pubblicistici, può arrecare ad altri un , ai sensi dell’art.2043 c.c.”; il che deriva dall’iscrizione dell’amministrazione all’ordinamento unitario. Peraltro, le norme di azione disciplinano l’esercizio dei poteri dell’amministrazione senza incidere sui limiti che le norme di relazione già a questi pongono, non concorrendo a determinare le relazioni che intercorrono tra questa e altri soggetti: Alb. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 ss., Id., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n.205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 630.

[49] Cfr. anche E. Zampetti, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, 224 ss.

[50] Cfr. Cons. St., Ad. plen. 4 maggio 2018 n. 5, che ricorda come: “La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell’attività autoritativa, l’amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l’invalidità del provvedimento e l’eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell’interesse legittimo), ma anche le norme generali dell’ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull’interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell’altrui scorrettezza”.

[51] L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell’attività amministrativa*, Napoli, 2018.

[52] Cfr. F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia – amministrativa.it*, 2017.

[53] Cfr. Alb. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, R. Cavallo Perin, *Giurisdizione Ordinaria e Pubblica Amministrazione: l. 20 marzo 1865, n. 2248. Abolizione del contenzioso amministrativo, art. 2 sez. II, Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Commento Breve alle Leggi sulla Giustizia Amministrativa*, III ed., a cura di Alb. Romano, R. Villata, Padova, 2009, 16 ss., M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

[54] Per un’autorevole posizione di segno contrario alla pluralità delle giurisdizioni, cfr. L. Ferrara, *Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?* in *www.questionegiustizia.it*, 2021, 1 e v. Id., *Statica e dinamica dell’interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 465.

[55] Su cui v. ampiamente A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, vol. I, 2000, vol. 2, 2001. Cfr. anche G. De Giorgi Cezzi, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, 696.

[56] Sui rischi della “patrimonializzazione” dell’interesse legittimo e della trasformazione del g.a. in giudice dei diritti, v. F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021. Cfr. ancora M. A. Sandulli, *La “risorsa” del giudice amministrativo*, in *www.questionegiustizia.it*, 2021, 1, G.E. Gallo, *Attualità del giudice amministrativo*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021. V. già le preoccupazioni espresse da A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, su *www.lexitalia.it*. Per ulteriori riflessioni sull’attuale ruolo del g.a. cfr. ad es. G. Montedoro, E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, *ivi*, F. Patroni Griffi, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, *ivi*, A. Travi, *Il giudice amministrativo come risorsa? Ibidem*,

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1841 – 6 luglio 2021

Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? competenze procedurali e portata applicativa dell'art. 17 *bis* l. n. 241/1990 (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)

di Gianluigi Delle Cave

Sommario: 1. La vicenda – 2. La disciplina di dettaglio: l'autorizzazione paesaggistica – 2.1. (segue) In particolare sull'intervento della Soprintendenza – 3. Analisi critica delle motivazioni della sentenza del Consiglio di Stato: sul ruolo del parere della Soprintendenza – 3.1. (segue) Sull'applicabilità del silenzio assenso *ex* art. 17 bis l. n. 241/1990 – 3.2. (segue) Sul perimetro applicativo dell'art. 14 ter della l. n. 241/1990 – 4. Conclusioni.

1. La vicenda

Con un'articolata e densa pronuncia^[1], il Consiglio di Stato ha evidenziato e ulteriormente chiarito alcuni delicati aspetti relativi al procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 ("Codice dei beni culturali e del paesaggio"), all'annosa questione della natura del parere della Soprintendenza e alla possibile applicazione dell'istituto del c.d. "silenzio assenso" tra amministrazioni chiamate alla valutazione ed al rilascio del provvedimento *de quo*.^[2]

Il Collegio^[3], in particolare, ha affrontato ed evidenziato diversi punti nodali in materia di tutela del paesaggio, di competenze ai fini del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e, soprattutto, di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni.

Fermo restando quanto meglio si dirà nel seguito, i giudici di Palazzo Spada, nel rigettare le doglianze dell'appellante, hanno rilevato come, ai sensi del disposto di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, nel procedimento di autorizzazione paesaggistica a detenere il potere autorizzatorio è *in primis* la Regione e solo in un secondo momento compete alla Soprintendenza la pronuncia di un parere, vincolante in via ordinaria, sulla presentazione del provvedimento sottoposto dalla stessa Amministrazione regionale; in taluni casi, in deroga a tale ordine di competenze, l'autorizzazione deve essere espressa dalla conferenza di servizi, al fine di semplificare l'*iter* procedimentale per l'acquisizione dei diversi atti di assenso richiesti in ragione di uno specifico intervento. Orbene, il meccanismo del silenzio assenso tra amministrazioni – di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 – si inserisce all'interno del procedimento di “co-gestione” dell'istruttoria ed è applicabile esclusivamente nei rapporti che intercorrono tra amministrazione “precedente” all'adozione di un provvedimento definitivo e quelle competenti a rendere “assensi, concerti o nulla osta” al fine dell'adozione di provvedimenti normativi o amministrativi nei confronti di una terza amministrazione, come l'atto di autorizzazione paesaggistica rilasciato dalla Regione e dalla Soprintendenza di cui al succitato art. 146.

2. La disciplina di dettaglio: l'autorizzazione paesaggistica

La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica[4] presenta una propria coerenza con il sistema complessivo attraverso il quale viene attuata la tutela del paesaggio in ambito nazionale[5].

In particolare, l'art. 146 d. lgs. n. 42/2004[6] disciplina il procedimento di autorizzazione relativo ad interventi di trasformazione del territorio per loro natura capaci di incidere permanentemente sulla percezione dei valori paesaggistici, che assumono una valenza ben superiore a quella meramente estetica. Rispetto al sistema delineato nell'art. 7 della l. n. 1497 del 1939, il legislatore ha immaginato, con l'art. 146 cit., una forma di protezione più ampia, non riferibile ai soli singoli immobili dotati di particolare pregio o valore estetico ma ha inteso salvaguardare quel complesso di valori che sono considerati manifestazione dell'identità di un territorio, derivanti da interventi antropici, naturali, nonché della loro interazione, ai quali non si deve arrecare pregiudizio[7]. L'oggetto della tutela coincide con il valore paesaggistico, che si identifica con il portato anche culturale di un luogo, in quanto sito proprio in un determinato luogo[8]. A tal proposito, la disciplina dell'autorizzazione paesaggistica rappresenta lo strumento indispensabile per la tutela dei beni paesaggistici, riconosciuti come parti del paesaggio di notevole interesse pubblico e perciò facenti parte del patrimonio culturale. Il tema dell'interesse paesaggistico, poi, ha spesso portato la dottrina a riflettere sul modo in cui il bene tutelato viene “gestito” dallo strumento autorizzatorio rispetto alle finalità di interesse pubblico generale perseguite tramite tale istituto[9]. Come noto, infatti, il rapporto tra l'interesse paesaggistico e i procedimenti di autorizzazione si inserisce nella linea di confine tra autorità e libertà, tra l'*agere licere* del privato e i limiti e le condizioni imposte dalla legge a tutela dell'interesse generale[10]. Il limite di proporzionalità alla funzione di controllo preventivo si traduce, con riferimento ai procedimenti di autorizzazione paesaggistica, nella subordinazione di tale funzione alla condizione generale di rilevanza paesaggistica della trasformazione. Attraverso il regime autorizzatorio[11], in buona sostanza, vengono assoggettate a previo controllo tutte le attività su immobili o su aree vincolate, il cui risultato sia idoneo a produrre «un'alterazione dello stato dei luoghi o dei beni tale da pregiudicare quei

valori, naturali ed estetici e storico-culturali, che rappresentano percepibili manifestazioni di identità del paesaggio»[12].

Più nel dettaglio, l'art. 146, comma 1, stabilisce che i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione. Il successivo comma 2, poi, dispone che i soggetti di cui al comma 1 hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione[13]. La previsione della documentazione posta a corredo dell'istanza è preordinata proprio alla verifica della compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato ed intervento progettato (art. 146, comma 3)[14]. Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica è competente la Regione, che deve previamente acquisire il parere vincolante del Soprintendente, che deve rendere il proprio parere sulla compatibilità paesaggistica entro il termine indicato dalla norma[15]. L'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, successivamente alle verifiche di cui all'art. 146, comma 7, entro quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, effettua quindi gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al Soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento, e dà comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento e dell'avvenuta trasmissione degli atti al Soprintendente.

Ai sensi del comma 8 dell'art. 146 cit., il Soprintendente rende il parere limitatamente alla compatibilità paesaggistica dell'intervento progettato e alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità[16].

In virtù del disposto di cui al successivo comma 9, decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione[17].

2.1. (segue) In particolare sull'intervento della Soprintendenza

L'attuale formulazione dell'art. 146 cit. rende centrale il ruolo della Soprintendenza, muovendo dalla considerazione della "supremazia" del paesaggio, in particolar modo qualora venga in conflitto con altri valori. In particolare, l'oggetto e l'ampiezza dell'intervento del Soprintendente si deduce dal tenore del comma 8 dell'art. 146: si tratta di un atto a contenuto decisorio e di un giudizio di merito tecnico-discrezionale[18]. Il Soprintendente si esprime circa la compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo insieme nonché sulla conformità di tale intervento con le previsioni del piano paesaggistico e/o con quelle dell'art. 140 del codice, entro il termine di 45 giorni decorrente dalla ricezione degli atti. Più nel dettaglio, nell'ipotesi di cui al comma 8, il parere del Soprintendente assume la natura di atto decisorio o meglio di "atto di codecisione"[19] e ha natura vincolante, pertanto l'amministrazione procedente non potrà disattenderlo, salva l'ipotesi in cui risulti che il parere sia stato reso sulla base di atti o fatti palesemente erronei o travisati[20]. Nonostante i plurimi interventi del legislatore sulla normativa *de qua* – con il decreto c.d. "Sblocca Italia" e con la

c.d. “legge Madia” – restano, tutt’oggi, irrisolte alcune questioni fondamentali relative alle funzioni della Soprintendenza, vale a dire (i) l’effetto dell’inerzia del Soprintendente e (ii) la possibilità di prescindere dal relativo parere[21].

In base ad una prima ricostruzione interpretativa, la Soprintendenza conserverebbe il potere consultivo, pertanto il parere tardivo avrebbe comunque natura vincolante, se intervenuto prima della conclusione del procedimento (risultando altrimenti legittimo ma *inutiliter* dato). L’inerzia della Soprintendenza, quindi, avrebbe il solo effetto di consentire all’amministrazione competente di concludere il procedimento senza dover attendere il parere[22].

In base ad un secondo orientamento, il parere tardivo perderebbe il carattere vincolante, diventando autonomamente valutabile tra i materiali istruttori dall’amministrazione competente sull’autorizzazione; il silenzio avrebbe quindi un effetto devolutivo, comportando l’assunzione del pieno potere decisorio sulla istanza di autorizzazione in capo alla regione o all’ente delegato[23].

Infine, in base ad una terza opzione, il decorso dei 45 giorni determinerebbe la consumazione del potere consultivo e l’eventuale parere tardivo sarebbe nullo per carenza di potere[24].

L’opinione prevalente in giurisprudenza è la seconda[25], in base alla quale, scaduto il termine previsto dalla norma, il parere reso dalla Soprintendenza, è da considerarsi privo dell’efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante, statuendosi peraltro che la decorrenza del termine non ne impedisce comunque *tout court* l’espressione. Sul punto, pare opportuno rilevare, però, che l’art. 16 della l. n. 241/1990 – nel dettare una disciplina generale di semplificazione dei pareri e nel prevedere una forma di semplificazione, in caso di pareri obbligatori non resi nel termine previsto[26] – esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione quelli resi da amministrazioni preposte, tra l’altro, alla tutela paesaggistica[27]. La *ratio* dell’eccezione alla regola generale della “prescindibilità” risiede nel fatto che si tratta di valori di assoluta preminenza, la cui tutela costituisce un limite alla piena applicazione degli istituti di semplificazione amministrativa[28].

In tale contesto, dunque, si inserisce la disposizione di cui all’art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. Il dibattito si sposta, quindi, sulla portata generale della previsione del silenzio assenso tra amministrazioni, sancito dalla norma sopra richiamata, che coinvolgerebbe, altresì, il parere della Soprintendenza nell’ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica[29]. Applicabilità, si badi, comunque in controtendenza rispetto: (i) alla giurisprudenza della Corte costituzionale[30], che ha ripetutamente affermato che per il profilo paesaggistico opera il principio fondamentale della necessità di pronuncia esplicita, non potendo avere il silenzio della P.A. valore di assenso; (ii) del Consiglio di Stato, che ha rilevato più volte l’«*indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio per la particolare dignità data dall’essere iscritta dall’art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della repubblica, il che comporta che la sua cura faccia eccezione, se in conflitto con gli obiettivi di semplificazione e accelerazione amministrative*»[31].

3. Analisi critica delle motivazioni della sentenza del Consiglio di Stato: sul ruolo del parere della Soprintendenza

Fermo restando il quadro normativo sopra brevemente riassunto con riferimento all'autorizzazione paesaggistica, i giudici di Palazzo Spada, con la sentenza in commento, hanno chiarito che la preservazione giuridica del paesaggio, esercitata dal Ministero dei beni culturali rendendo pareri obbligatori nel procedimento di compatibilità ambientale, non gode di alcun regime di attenuazione anche qualora si consideri un confronto o un bilanciamento con altri interessi, quantunque pubblici, in ragione della natura strettamente discrezionale dell'atto in esame.

Con riguardo al procedimento di autorizzazione *de quo*, ai sensi dell'art. 146 cit., il potere autorizzatorio appartiene in prima battuta alla Regione, spettando alla Soprintendenza un parere sulla proposta di provvedimento sottoposta dall'Amministrazione competente.

All'interno di detto meccanismo di "co-gestione" del potere pubblicistico tra Soprintendenza e Regione, alla stregua di un'interpretazione sistematica di tale disposizione normativa, a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resta in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo. In buona sostanza, secondo i giudici amministrativi, il decorso del termine per l'espressione del parere vincolante della Soprintendenza, non comporta un vuoto nella risposta dell'organo statale, ma in tal caso il parere così espresso non avrà più forza vincolante, richiedendo una valutazione autonoma e motivata dall'amministrazione preposta, appunto, al rilascio del titolo. Ne consegue, pertanto, che, se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di "co-gestione" del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (comma 8), successivamente l'amministrazione procedente "provvede sulla domanda di autorizzazione" (comma 9), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza, in ragione di un diritto legittimo all'adozione dell'atto di autorizzazione prescindendo dal parere della stessa Soprintendenza.

Tale riparto di competenze, quindi, non subisce modifiche né nella fattispecie in cui l'autorizzazione paesaggistica debba essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, né in quella in cui si inneschi il meccanismo del silenzio assenso tra amministrazioni ai sensi dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 del 1990.

Nel confermare la sentenza del giudice di *prime cure*, il Consiglio di Stato ha infatti chiarito, preliminarmente, che ai sensi dell'art. 146, comma 9, cit., qualora la Soprintendenza non rilasci proprio parere entro 60 giorni dalla ricezione degli atti da parte dell'autorità regionale, quest'ultima provvede comunque sull'autorizzazione paesaggistica. Infatti, «*tale parere, sebbene vincolante, in via ordinaria cessa di esserlo se reso tardivamente e per di più può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione*». In altri termini, il parere è vincolante solo se espresso nel termine previsto dalla normativa (60 giorni), ma, come affermato dalla sentenza in commento, cessa di esserlo «*se reso tardivamente e per di più può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione, secondo quanto previsto dal comma 9 dell'art. 146*». Ciò in quanto la legge, pur in un processo di collaborazione fra ente statale e regionale, ha assegnato il potere decisionale sul rilascio dell'autorizzazione alla Regione. Il decorso del termine, tuttavia, non elimina la possibilità per la Soprintendenza di esprimersi tardivamente o addirittura dopo il rilascio del provvedimento autorizzatorio da parte della Regione, ciò anche nell'ambito dei lavori di una

Conferenza di servizi; in tale ipotesi, però, *«il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo»*[32]. Con la conseguenza che, nel caso di parere espresso tardivamente, l'amministrazione chiamata a decidere sull'autorizzazione finale potrà anche prescindere dal parere della Soprintendenza. Anche perché, come evidenziato dai giudici amministrativi, se così non fosse, si finirebbe per provocare *«l'effetto di "espropriare" delle proprie prerogative l'amministrazione (la Regione) che è normativamente competente a provvedere in ordine alla richiesta di autorizzazione paesaggistica»*.

Tale interpretazione, peraltro, sembrerebbe coerente con le intenzioni del legislatore, il quale, nel prevedere tale formula di co-gestione del vincolo, ha inteso individuare un adeguato punto di equilibrio fra: (i) l'esigenza di assicurare una tutela pregnante a un valore di rilievo costituzionale quale la tutela del paesaggio attraverso il riconoscimento all'organo statale di poteri (quale quello di annullamento e in seguito quello di rendere un parere conforme) di assoluto rilievo nell'ambito della fattispecie autorizzatoria e (ii) l'esigenza – parimenti di rilievo costituzionale – di garantire in massimo grado la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, imponendo che i richiamati poteri debbano essere esercitati in tutta la loro ampiezza entro un termine certamente congruo ma allo stesso tempo certo e non superabile[33]. Pertanto, in caso di superamento dei termini fissati dall'art. 146 cit. per l'espressione del parere, non si determina né la perdita del relativo potere, né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo[34]. Il suddetto parere può essere emesso tardivamente, anche in considerazione della rilevanza dei valori alla cui tutela la Soprintendenza è preposta. L'effetto che, in siffatta ipotesi, si produce è quello della prescindibilità dello stesso parere, con la conseguenza che la decisione viene rimessa alla esclusiva responsabilità dell'Ente territoriale[35]. L'amministrazione è, dunque, tenuta in ogni caso a concludere in proprio il procedimento se la Soprintendenza non si è espressa, poiché la perentorietà del termine riguarda non la sussistenza del potere o la legittimità del parere, bensì l'obbligo, appunto, di concludere il procedimento[36].

3.1. (segue) Sull'applicabilità del silenzio assenso ex art. 17 bis l. n. 241/1990

Secondo i giudici di Palazzo Spada, nell'emarginata sentenza, non può ritenersi mai formato il silenzio assenso ex art. 17 bis, comma 2, della l. n. 241/1990 da parte della Soprintendenza, poiché tale meccanismo *«vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "precedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta", e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi (nel caso di specie, Regione e Soprintendenza)»*. Ed infatti – specifica il Consiglio di Stato – l'istituto del silenzio assenso di cui sopra *«non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo, che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva, influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso per silentium»*, con la conseguenza che l'amministrazione precedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente.

In merito, pare doveroso premettere che l'art. 17 bis l. n. 241/90, inserito nella legge generale sul procedimento amministrativo dalla l. n. 7 agosto 2015 n. 124 (c.d. "legge Madia"), ha generalizzato il silenzio assenso[37] tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti normativi ed amministrativi che prevedano atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche. La disposizione prevede che tali atti di assenso debbano intendersi implicitamente acquisiti

qualora siano decorsi vanamente trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato dalla relativa documentazione da parte dell'amministrazione procedente[38]. Il previsto termine è suscettibile di una unica interruzione nei casi in cui vengano rappresentate nel termine stesso esigenze istruttorie o motivate e puntuali richieste di modifica. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nel procedimento, la decisione sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento è assunto dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Ai sensi del comma 3, dell'art 17 *bis* cit., detto silenzio trova espressa applicazione anche nel caso in cui l'atto di assenso sia richiesto ad una amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini[39]. In tali casi l'unica mitigazione è rappresentata dalla previsione di un termine maggiore, pari a novanta giorni, salvi i termini diversi previsti da disposizioni di legge o dai provvedimenti di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990.

L'articolo in esame, nella sostanza, stabilisce che, se una pubblica amministrazione deve acquisire "assensi, concerti o nulla osta" da parte di altra amministrazione, quest'ultima dispone di un termine di trenta giorni per formulare la propria risposta, decorso il quale la richiesta viene considerata accolta (e quindi "assensi, concerti o nulla osta" considerati acquisiti). Il tenore letterale della norma induce a ritenere che essa si applichi esclusivamente alle ipotesi in cui tali "assensi, concerti o nulla osta" siano prescritti per legge o regolamento; in altri termini, la disposizione è certamente rivolta ai procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti c.d. "pluristrutturati", intendendo con questa espressione tutti quei provvedimenti che sono espressione di più volontà espresse da diverse amministrazioni.

L'articolo in commento attiene, poi, esclusivamente al silenzio assenso tra P.A. mentre il silenzio dell'amministrazione procedente nei procedimenti ad istanza di parte continua ad essere regolato dall'art. 20 della l. n. 241/1990, il cui comma 4, come noto, esclude dalla generalizzazione del silenzio significativo gli atti ed i procedimenti riguardanti, tra gli altri interessi sensibili menzionati, il patrimonio culturale e l'ambiente[40].

Una delle questioni più discusse, connesse con tale istituto, concerne l'operatività del meccanismo di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni nei casi in cui vengano in rilievo proprio interessi pubblici primari[41].

Sul tema si sono confrontate in dottrina due posizioni opposte[42]: da un lato vi è chi ha denunciato i gravi rischi connessi alla disciplina dell'art. 17 *bis* che avrebbe gravemente indebolito la tutela di beni ed interessi primari (quali, l'ambiente, i beni culturali, la salute) senza peraltro prevedere alcun adeguato intervento compensativo[43]; dall'altro lato, vi è chi ha invece salutato con favore la disciplina ed escluso i paventati rischi per la tutela effettiva degli interessi sensibili[44].

In merito, la giurisprudenza costituzionale ed europea si è più volte espressa sulla necessità che, qualora vengano in gioco interessi pubblici primari, l'Amministrazione preposta all'emanazione del provvedimento finale, compia una completa istruttoria, al fine di garantire la tutela dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento[45]. In particolare, in ambito paesaggistico, muovendo proprio dalla considerazione che la tutela dell'ambiente e della salute trovino un esplicito riferimento nel testo costituzionale e che questo implichi che «*sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici, nonché controlli specifici per la determinazione delle misure e degli accorgimenti da osservarsi e per evitare danni facilmente*

possibili per la natura tossica e nociva dei rifiuti accumulati»[46], la Corte ha costantemente affermato che «*opera il principio fondamentale, risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità di pronuncia esplicita, mentre il silenzio dell'Amministrazione non può avere valore di assenso»*[47].

Diversamente da tale indirizzo, con riferimento all'applicabilità del silenzio *de quo* anche in materie sensibili, si è espresso il Consiglio di Stato[48]. Innanzitutto, secondo i giudici di Palazzo Spada, il silenzio assenso in esame introduce un “nuovo paradigma” nei rapporti tra amministrazioni pubbliche, operando in una duplice prospettiva di semplificazione[49]. Da un lato, la norma incide sui tempi del procedimento amministrativo (fissando il termine in trenta giorni, salva l'ipotesi degli interessi primari); dall'altro, equipara l'inerzia ad un atto di assenso, che consente all'amministrazione procedente di assumere la decisione finale. Tale istituto si basa su di una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, che viene stigmatizza «*al punto tale da ricollegare al silenzio dell'amministrazione il più efficace dei rimedi, che si traduce, nell'equiparazione del silenzio della P.A. ad un provvedimento di accoglimento»*[50]. In ragion di ciò, il silenzio assenso si sostanzia, per le pubbliche amministrazioni, nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Sull'ambito applicativo (soggettivo e oggettivo) di tale silenzio, il Consiglio di Stato, con il parere sopra richiamato, ha poi affermato: (i) con riferimento al piano soggettivo, l'applicabilità del nuovo istituto anche a Regioni ed enti locali, oltre che agli organi politici sia quando essi adottano atti amministrativi o normativi, sia quando sono chiamati ad esprimere concerti, assensi o nulla osta comunque denominati nell'ambito di procedimenti per l'adozione di atti amministrativi o normativi di competenza di altre Amministrazioni, rilevando, in buona sostanza, la natura dell'atto da adottare (amministrativo o normativo), non la natura dell'organo (amministrativo o politico) titolare della competenza “interna” nell'ambito della pubblica Amministrazione che di volta in volta viene in considerazione; (ii) con riferimento all'ambito applicativo oggettivo della norma, esso sarebbe applicabile a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda una fase co-decisorie necessaria di competenza di altra Amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso. Ed infatti, «*il silenzio assenso “orizzontale” previsto dall'art. 17-bis opera, nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto»*[51]. Con riferimento all'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili, secondo i giudici amministrativi, dovrà quindi essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'Amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto, in tal caso, venendo in rilievo un rapporto verticale per cui troverà applicazione l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 (che esclude dal suo campo di applicazione gli interessi sensibili).

In sintesi, il silenzio assenso “inter-amministrativo” si inserisce in una fase procedimentale anteriore rispetto a quella tipica del silenzio assenso ex art. 20: l'istituto dell'art. 17 *bis* inerisce, infatti, alla fase finale dell'istruttoria procedimentale e, per questo, rappresenta una forma di silenzio endoprocedimentale non destinato a produrre effetti esteriori diretti. Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento,

tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'Amministrazione preposta alla loro cura. Quanto alla successiva fase decisoria, anche nei casi in cui opera il silenzio-assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione precedente.

Ebbene, con riferimento all'effettiva applicabilità dell'istituto sopra descritto all'autorizzazione paesaggistica, quest'ultima, giova ribadirlo, è il frutto di quella che viene definita dalla dottrina in termini di "cogestione del vincolo paesaggistico", affidata ai poteri concorrenti di Stato e Regioni (e, per esse, alle amministrazioni eventualmente delegate), il cui esercizio porta ad una fattispecie co-decisoria che, sulla base di una proposta motivata di accoglimento, viene in essere con il concorso di due atti distinti, il parere vincolante della Soprintendenza ed il consenso espresso dall'autorità competente al rilascio del provvedimento. A tal proposito, si ribadisce ancora una volta come, *ab origine*, non sia stata accolta con favore l'operatività del silenzio ex art. 17 *bis* cit. nel caso in cui l'atto di assenso fosse richiesto ad un'amministrazione preposta alla tutela ambientale e paesaggistico-territoriale; ciò con particolare riferimento al silenzio serbato dalla Soprintendenza chiamata a rendere il parere sulla proposta di provvedimento predisposta dalla Regione (o dall'ente da questa delegato). Come rilevato dalla dottrina, infatti, l'applicabilità dell'istituto in esame «*appare sicuramente più proporzionata e ragionevole se rapportata alle fattispecie di lieve entità individuate dal regolamento [il riferimento è al d.P.R. n. 31/2017[52]], piuttosto che con riguardo alle fattispecie assoggettate ad autorizzazione paesaggistica c.d. ordinaria*»[53].

Ebbene, muovendo dalle conclusioni del Consiglio di Stato rese nell'emarginata sentenza, vale la pena evidenziare come l'art. 146, ai commi 8, 9 e 10, stabilisce che se la Soprintendenza non rende entro sessanta giorni il proprio parere, può prescindere dallo stesso e l'autorità precedente è tenuta ugualmente a concludere il procedimento nei successivi venti giorni, decorsi inutilmente i quali l'interessato può richiedere alla Regione o ad altro ente competente il rilascio dell'autorizzazione in via sostitutiva. Pertanto, rispetto

al meccanismo di superamento degli arresti procedurali, l'attribuzione del valore di assenso all'inerzia della Soprintendenza, *ex se* non ostativa alla conclusione del procedimento, non presenta alcuna attitudine acceleratoria ulteriore. Nel sistema delineato dall'art. 146, in buona sostanza, l'inadempimento della Soprintendenza non possiede alcun significato sostanziale ma, al più, un effetto procedimentale-devolutivo: ed infatti, «*da un lato, l'onere istruttorio ricade interamente sull'autorità procedente, chiamata ad adottare, con congrua motivazione, il provvedimento conclusivo; dall'altro, il parere tardivamente rilasciato non è privo di rilevanza giuridica, potendosi al più discutere sul carattere vincolante o meno dello stesso*»[54]. Con l'applicazione dell'art. 17 *bis*, invece, il silenzio della Soprintendenza sarebbe assimilato *tout court* a un parere favorevole sulla proposta di provvedimento, sganciato quindi da una effettiva istruttoria o valutazione dell'impatto paesaggistico del progetto[55] e rimovibile solo in autotutela, ove ne ricorrano i presupposti e nel rispetto dei limiti evidenziati dal Consiglio di Stato nel parere n. 1640/2016[56].

Inoltre, l'attribuzione di un valore legale tipico di assenso a un evento di per sé neutro, quale il decorso di un intervallo di tempo, «*rischia di causare una indebita commistione tra durata del procedimento e contenuto del provvedimento*»[57]. Infatti, più che l'interesse alla certezza e celerità dei tempi, le conseguenze applicative dell'istituto appaiono volte a soddisfare l'interesse sostanziale del richiedente all'ottenimento del titolo autorizzatorio, con conseguenze faticosamente ammissibili sul piano della tutela paesaggistica: se da un lato, alla luce delle

diverse complessità organizzative, la probabilità che diversi sub-procedimenti di competenza ministeriale si definiscano per silenzio non è remota, dall'altro, il *favor* per l'assenso diminuisce considerevolmente il livello di "restrittività" della tutela, ponendosi in netto contrasto con la logica precauzionale a essa sottesa.

Ebbene, il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, pur non smentendo in maniera *tranchant* l'orientamento secondo cui il meccanismo del silenzio assenso operi anche nel caso di rilascio di autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del d.lgs. n. 42/2004[58], ne specifica e delimita la portata: il silenzio assenso di cui all'articolo 17 *bis* influisce, quindi, solo sulla fase decisoria del procedimento, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium* a seguito del quale l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito di detta istruttoria, a elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente. Le esigenze di completezza dell'istruttoria, dunque, in quanto non incise dalla formazione del silenzio assenso ex art. 17 *bis* cit., non potrebbero essere invocate per limitare l'applicazione del relativo istituto.

In sostanza, il silenzio assenso ex art. 17 *bis* della l. n. 241/90:

(i) non riguarderebbe la fase istruttoria del procedimento amministrativo (che resta regolata dalla pertinente disciplina positiva), influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*;

(ii) non potrebbe comunque essere inteso come un sacrificio (necessitato, in ragione delle esigenze di tempestivo esercizio del pubblico potere) in danno dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione silente.

In altri termini, il silenzio assenso nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, proprio perché ispirato ai principi di efficienza e, quindi, di buon andamento amministrativo, solleciterebbe una migliore organizzazione delle risorse amministrative, garantendo al contempo l'effettiva protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti in sede procedimentale. In particolare, una volta conclusa l'istruttoria e definito lo schema di provvedimento da porre a base della successiva fase decisoria, occorre che: da un lato, l'Amministrazione interpellata agisca tempestivamente, manifestando prontamente le proprie perplessità sullo schema di provvedimento ricevuto, rappresentando eventuali esigenze istruttorie o adottando espressamente il proprio avviso su quanto richiesto;

dall'altro, l'Amministrazione procedente valuti comunque l'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione interpellata in ipotesi rimasta inerte, assumendo, all'esito della formazione del silenzio assenso ex art. 17 *bis*, una decisione conclusiva del procedimento (comunque necessaria) che tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito.

In tale maniera si assicura non soltanto la tempestiva adozione della decisione finale, ma anche un'adeguata protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti nell'esercizio del potere, pure in assenza di una determinazione espressa dell'Amministrazione interpellata.

3.2. (segue) Sul perimetro applicativo dell'art. 14 *ter* della l. n. 241/1990

Il Consiglio di Stato, infine, nella sentenza in commento, esclude altresì la possibilità di applicazione del disposto normativo di cui all'art. 14 *ter* della l. n. 241/1990, affermando che quest'ultima norma «*laddove considera acquisito senza condizioni l'assenso delle amministrazioni (ivi comprese quelle preposte alla tutela di interessi "sensibili" quale quello paesaggistico), si riferisce sempre agli "assensi" da rendere direttamente all'amministrazione procedente, laddove in questo caso la Soprintendenza era chiamata a esprimersi sulla proposta della Regione*».

A tal proposito, giova evidenziare che l'articolo in oggetto disciplina la conferenza di servizi svolta in modalità sincrona o simultanea, secondo il modello procedimentale che prevede la partecipazione contestuale di tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento. Un elemento di novità rispetto al modello passato è rappresentato dalla possibilità che a seguito della conferenza l'amministrazione procedente adotti la determina conclusiva sulla base della prevalenza delle posizioni espresse, nonostante il dissenso manifestato dalle amministrazioni preposte alla cura di interessi "sensibili"^[59], che non determina più la devoluzione obbligatoria della decisione all'organo politico bensì la facoltà di proporre (in via successiva) in sede governativa opposizione alla decisione amministrativa adottata nonostante il dissenso.

Il criterio della prevalenza si differenzia da quello dell'unanimità delle posizioni ma anche da quello, simile ma non corrispondente, della maggioranza (numerica) delle posizioni espresse. Esso, infatti, rappresenta un criterio elastico e di particolare flessibilità perché consente all'amministrazione procedente di "soppesare" le posizioni espresse non da un punto di vista numerico ma in base alla rilevanza degli interessi rappresentati, ivi inclusi quelli di cui è istituzionalmente portatrice l'amministrazione procedente. La valutazione "ponderata" delle singole determinazioni espresse comprende attualmente a pieno titolo anche quelle relative agli interessi "sensibili", dal momento che eventuali dissensi e/o opposizioni manifestati in tali ambiti di competenza non importano più l'automatica rimessione della decisione amministrativa al livello governativo, bensì la facoltà dell'amministrazione dissenziente di opporsi alla determinazione conclusiva ai sensi dell'art. 14 *quinquies*.

Per quanto, poi, di precipuo interesse, il comma 7, ultimo periodo, dell'art. 14 *ter* cit. prevede l'applicabilità della regola del silenzio assenso^[60], a prescindere dalla tipologia di interesse rappresentato (sensibile o meno), in caso di manca espressione nei termini della propria posizione da parte dell'amministrazione partecipante. In buona sostanza, le posizioni di assenso o dissenso devono essere necessariamente acquisite all'interno della conferenza sincrona^[61] e non sono, quindi, ammissibili decisioni ottenute *ab externo* o a posteriori, posto che ciò contrasterebbe con la logica stessa e con la funzione della conferenza simultanea, in quanto volta al dialogo e al confronto preventivo tra le amministrazioni partecipanti in funzione del miglior temperamento tra gli interessi pubblici rappresentati^[62]. L'assenso si considera acquisito, quindi, senza condizioni nel caso in cui: (a) il rappresentante non abbia preso parte alle riunioni della conferenza; (b) non abbia espresso in modo univoco e definitivo la propria determinazione nonostante la partecipazione alla conferenza, oppure (c) abbia espresso un dissenso privo di motivazione o riferito ad aspetti estranei all'oggetto del procedimento. Si evidenzia, comunque, come l'applicazione del criterio decisionale della prevalenza non possa ricondursi unicamente ad un calcolo "soppesato" delle diverse posizioni espresse ma presupponga altresì «*un ruolo (pro)attivo dell'amministrazione procedente nell'effettuare un vero e proprio giudizio di bilanciamento tra gli interessi in gioco*»^[63], giudicando soggettivamente e su base casistica quali siano nel caso di specie gli interessi "prevalenti", in assenza di gerarchie valoriali precostituite.

Ciò brevemente detto, si evidenzia come – con riferimento alla sentenza in commento – nel procedimento di autorizzazione paesaggistica disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, il potere autorizzatorio appartiene alla Regione, spettando alla Soprintendenza l'adozione del parere sulla proposta di provvedimento (parere che, sebbene vincolante in via ordinaria, cessa di esserlo se reso tardivamente, potendo altresì essere pretermesso in caso di sua mancata espressione). Tale assetto non viene alterato per il solo fatto che, in determinati casi, l'autorizzazione paesaggistica debba essere acquisita in seno ad una conferenza di servizi, che costituisce, come sopra brevemente esposto, soltanto un modulo procedimentale semplificatorio per l'acquisizione dei diversi atti di assenso richiesti in ordine ad un intervento.

Tale considerazione, ovviamente, non elimina il fatto che uno dei principali problemi della conferenza di servizi, nata per garantire un unico luogo di confronto “interpubblicistico” alle posizioni e agli interessi riguardanti un dato procedimento amministrativo, è quello di aver dovuto spesso supplire alla impossibilità (o talvolta alla incapacità) del regolatore di definire gerarchie di finalità e di interessi, tentando di rimediare a tale mancanza con meccanismi procedimentali. Dal punto di vista pratico, in assenza di indicazioni legislative in merito alla graduazione degli interessi pubblici, è stato affidato alla capacità (se non alla mera buona volontà) dei soggetti presenti in conferenza la composizione dei valori in gioco. Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa^[64], appare, pertanto, opportuno che alla semplificazione procedimentale della conferenza si accompagni un'attività di semplificazione sostanziale, che si concretizzi in politiche pubbliche capaci di regolare e graduare i diversi interessi, allo scopo di rendere più agevole la loro composizione.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, è doveroso evidenziare, in primissima battuta, come le esigenze di accelerazione dell'azione amministrativa (favorite e incentivate anche attraverso l'applicazione di istituti come quello del silenzio assenso tra P.A.) non possono frustrare, *tout court*, alcune garanzie minime a tutela di interessi particolarmente sensibili, come quelli inerenti alla salvaguardia del paesaggio. Proprio con riferimento a questi ultimi, poi, è lo stesso legislatore ad aver individuato un equo punto di stabilità fra la tutela di un valore di rilievo costituzionale (la tutela del paesaggio) e l'esigenza – ugualmente rilevante anche ai fini costituzionali – di assicurare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, imponendo che i poteri della Soprintendenza debbano essere esercitati entro un termine sicuramente congruo ma allo stesso tempo certo e non superabile. Profilo, peraltro, rimarcato con forza anche nella sentenza in commento, all'interno della quale si ribadisce proprio che, scaduto il termine previsto dalla norma, il parere reso dalla Soprintendenza ex art. 146 cit. deve essere considerato privo di valenza “obbligatoria e vincolante” (fermo restando che detta decorrenza del termine non ne impedisce *tout court* l'espressione, ma dovrà essere reso nei confronti dell'amministrazione procedente, che provvederà alla sua “adeguata” valutazione).

Con riferimento, poi, all'applicabilità degli strumenti di semplificazione amministrativa – tra cui certamente rientra l'istituto del silenzio tra amministrazioni ex art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 – alla fattispecie qui esaminata pare doveroso evidenziare come il concetto stesso di “semplificazione” implica *ex se* lo snellimento e l'alleggerimento delle forme di esercizio del potere, eliminando superflue duplicazioni o sovrapposizioni delle fasi procedimentali

attribuite a sfere di competenza differenti (o ad amministrazioni diverse) per la soluzione del c.d. “problema amministrativo”. Se è vero, quindi, che la semplificazione si traduce in uno strumento atto alla realizzazione di quel cristallino principio di buon andamento della P.A. (ai sensi dell’art. 97 Cost.) e dei connessi valori di efficacia ed efficienza dell’azione pubblica, ciò non implica, tuttavia, che sia possibile prevedere aprioristicamente tutti i casi in cui detta semplificazione possa ritenersi adeguata e soddisfacente[65]. Nella prospettiva dell’art. 17 *bis* cit., il ragionamento da applicarsi deve contemperare due considerazioni di natura divergente: da un lato, la generale estensione del silenzio assenso alle P.A. anche nelle materie sensibili (come il paesaggio) rappresenta certamente un passaggio necessario, dal momento che è proprio in tali settori che l’inerzia amministrativa sembrerebbe avere un maggiore impatto (nonostante la palese delicatezza degli interessi in gioco); dall’altro, la supremazia di alcuni interessi pubblici rende quantomeno doveroso un effettivo bilanciamento e una certissima ponderazione con altri interessi rilevanti[66]. In particolare, sul procedimento *ex art.* 146 del d.lgs. n. 42/2004, l’istituto del silenzio assenso *ex art.* 17 *bis* non sembrerebbe, *prima facie*, particolarmente incisivo ai fini della contrazione delle già esigue tempistiche stabilite dalla disciplina speciale.

Una possibile soluzione al problema applicativo (e interpretativo) dell’istituto in esame al procedimento di autorizzazione paesaggistica potrebbe essere quella di riaffermare il valore di “inadempimento” collegato al silenzio della Soprintendenza, superando l’infelice coordinamento con le previsioni di cui all’art. 17 *bis* cit. Ciò in aggiunta ad una più puntuale definizione del perimetro di efficacia del parere tardivamente rilasciato, attraverso il riconoscimento esplicito allo stesso di una – certamente circoscritta e delimitata – valenza, così sottraendolo, peraltro, all’applicazione della scure dell’inefficacia sancita dal neo comma 8 *bis* dell’art. 2 della l. n. 241/1990[67]. In tal caso, *de facto*, il silenzio assumerebbe un carattere quasi “devolutivo”, con conseguente responsabilizzazione dell’autorità procedente nell’assunzione della decisione finale e incentivazione della stessa all’utilizzo del parere adottato tardivamente, soprattutto se di segno contrario al progetto autorizzando o recante prescrizioni[68].

Soluzione, quest’ultima, che sembrerebbe tutelare sia le esigenze di accelerazione procedimentale che di tutela del bene paesaggistico, sia la certezza del diritto e la sua uniforme applicazione.

[1] La vicenda trae origine dal deposito, da parte di una società attiva nel settore turistico-alberghiero, di una dichiarazione unica di autocertificazione, resa ai sensi dell’art. 4 della l. r. n. 4/2009, tesa ad ottenere i necessari titoli abilitativi relativi ad un progetto di ampliamento, adeguamento e riqualificazione dal punto di vista energetico e paesaggistico di detta struttura ricettiva turistica extralberghiera sita nella fascia dei 150 metri dal mare nell’isola di La Maddalena. In vista della conferenza di servizi, il settore urbanistica e edilizia privata del Comune esprimeva parere favorevole all’intervento, giudicandolo conforme alle previsioni vigenti. Si pronunciavano favorevolmente sull’intervento di ampliamento anche l’Ente Parco, la Regione Sardegna, nonché il Corpo Forestale di Vigilanza Ambientale. Il Ministero per i Beni Culturali non si pronunciava espressamente sulla questione. Il Servizio Tutela del Paesaggio regionale, *de contrario*, riteneva l’intervento inammissibile, da un lato, per alcuni controversi aspetti relativi all’interpretazione della normativa urbanistico-edilizia e paesaggistica regionale e, dall’altro, sotto il profilo dell’impatto paesaggistico delle opere. Alla luce di tali rilievi, veniva quindi adottato il provvedimento unico di diniego, ritenendo prevalente ed ostativo tali assunti. La società impugnava, quindi, il parere negativo espresso dal Servizio Tutela del Paesaggio di Sassari e Olbia, lamentando, *ex plurimis* e per quanto qui di interesse, la violazione dell’art. 146 del d.lgs. 42/2004 nonché degli artt. 14 ter e 17 bis della l. n. 241/1990, in quanto il parere espresso per *silentium* – ai sensi dell’art. 14 ter, comma 7, cit. – dalla Soprintendenza avrebbe natura vincolante e prevalente su quello difforme espresso dalla Regione sul medesimo intervento.

[2] Sul punto, in primo grado, il T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 22 ottobre 2018, n. 893, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2018, 4, 323 ss., ha specificato che il quadro normativo vigente (art. 146, comma 5, del d.lgs. n. 42/2004) affida all'amministrazione regionale «la competenza al rilascio dell'autorizzazione in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela, previa acquisizione del parere vincolante della Soprintendenza, in tal modo delineando una forma di "cogestione" regionale e statale della tutela paesaggistica delle aree soggetta a tutela, nel caso in cui la Soprintendenza, nel rendere in sede procedimentale il suo parere, non si pronuncia nei termini consentiti resta fermo il potere della Regione di decidere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento proposto, come del resto confermato dall'art. 146, comma 9, d.lgs. n. 42/2004».

[3] Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640, in *giustizia-amministrativa.it*. La sentenza, al di là dei profili di diritto che si affronteranno nella presente nota, ha altresì evidenziato – con riferimento alla possibilità per una normativa edilizia regionale quale il c.d. "Piano Casa" (l. r. n. 4/2009) di derogare in via straordinaria al Piano Paesaggistico Regionale (PPR) – che la giurisprudenza amministrativa «ha marcato una netta distinzione fra pianificazione urbanistica e paesaggistica e ha previsto la derogabilità soltanto della prima da parte della legislazione regionale in materia di c.d. "piano casa"; ciò in quanto «in ragione della gerarchia esistente fra pianificazione paesaggistica e pianificazione urbanistica, l'intervento del piano-casa può in generale limitatamente incidere sul solo profilo urbanistico e non anche su quello paesaggistico».

[4] La previsione, nella Costituzione, della tutela del paesaggio (art. 9, comma 2) ha rappresentato uno stimolo alla riflessione sulla definizione giuridica di tale espressione, nel nostro ordinamento. L'interpretazione dell'esatta portata dell'espressione "paesaggio", infatti, è stata per lungo tempo condizionata dalla preferenza per una concezione statica della funzione di tutela. Successivamente, attraverso una progressiva apertura verso un'interpretazione unitaria dei due commi dell'art. 9, si è giunti all'affermazione di una nozione più ampia di paesaggio, coincidente con la «forma del territorio, o dell'ambiente, creata dalla comunità umana che vi è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo». Secondo tale visione dinamica, il paesaggio non può essere ridotto ai valori paesistici sotto il profilo dei quadri naturali che essi realizzano, ma è anche e soprattutto l'espressione di un rapporto "vivo" tra forze naturali e umane, «fatto fisico, oggettivo, ma al tempo stesso un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile; è il modo di essere del territorio nella sua percezione visibile».

In dottrina, sulla nozione di paesaggio e sulle autorizzazioni a tutela, si veda, *ex plurimis*, S. Amorosino, *Dalla disciplina (statica) alla regolazione (dinamica) del paesaggio: una riflessione d'insieme*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 4, 420 ss.; Id., *I poteri legislativi ed amministrativi di stato e regioni in tema di tutela e valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 4-5, 135 ss.; Id., *Il diritto del paesaggio e le categorie generali del diritto amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 201, 4, 399 ss.; P. Marzaro, *La "cura" ovvero "l'Amministrazione del paesaggio": livelli, poteri e rapporti tra Enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 416 ss.; Id., *Pianificazione paesaggistica e beni paesaggistici: la centralità del procedimento nella "duplicità" del sistema*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, 1, 78 ss.; F. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. Giur.*, 1989; P. Corrales, *Paesaggio e turismo nel diritto vigente*, in *FA*, 1968, 53 ss.; A. Dell'Acqua, *La tutela degli interessi diffusi*, 1979, Milano, 121 ss.; A. Predieri, *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, 505 ss.; G. Mastrorardo, *Valore del paesaggio*, in A. Angiuli, V. Caputi Iambrenghi (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2005, 344 ss.

[5] Sulla configurazione di una funzione generale di amministrazione del paesaggio: M. Sinisi, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31): la "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 4, 235 ss.

[6] In dottrina, sull'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, si vedano *ex aliis*: G. Cartei, *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *G.d.A.*, 2007, 1270 ss.; A. Calegari, *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 224 ss.; M. Corti, *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Riv. giur. urb.*, 2011, 2, 524 ss.; V. Parisio, *L'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica nell'art. 146 c. 12 del d. lgs. n. 42 del 2004: supremazia dei valori paesaggistici e deroghe al sistema processuale amministrativo*, in F. Cortese (a cura di), *Conservazione del paesaggio e dell'ambiente, governo del territorio e grandi infrastrutture: realtà o utopia*, 2009, 151 ss.; V. Parisio, *Legittimità e merito nei provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 3, 234 ss.; A. Angiuli, *Art. 146*, in A. Angiuli, V. Caputi Iambrenghi (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2005, Torino, 383 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Art. 146*, in M. Cammelli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2007, Bologna, 593 ss.; M.R. Spasiano, *Art. 146*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2012, Milano, 1116 ss.; P. Carpentieri, *Regime dei vincoli e Convenzione europea*, in G.F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, 2007, Bologna 135 ss.; G. Mari, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 6, 103 ss.

[7] Sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 01 aprile 2014, n. 3577, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2014, 4, 1211 ss., ove si rileva che la nozione di paesaggio indicata dall'art. 131, d.lgs. n. 42/2004 e le definizioni dell'art. 136 conducono a ritenere che l'individuazione dei beni paesaggistici non sia caratterizzata dall'attenzione alla rilevanza estetica dei beni limitata alla visione panoramica e all'aspetto visivo, ma soprattutto tenda alla conservazione delle caratteristiche di un bene per i profili espressivi di "identità". Tale nozione rinvia ad un insieme di valori ed elementi di carattere storico, economico, sociale, antropologico.

[8] A. Berlucchi, *Il parere tardivo espresso dalla soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 d. lgs. n. 2004/42: spunti di riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 1, 128 ss.

[9] P. Carpentieri, *Interesse paesaggistico e procedimenti autorizzativi*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 2, 219 ss., ove l'A. sostiene che «interrogarsi sull'interesse paesaggistico (ossia su quel "notevole interesse pubblico" attorno al quale è ordita l'intera trama normativa e amministrativa della Parte III del vigente Codice di settore) significa interrogarsi non solo e non tanto su che cosa è "paesaggio" in generale, ma anche e soprattutto su quali sono gli oggetti (discreti), gli episodi di vita concreti, i rapporti specifici, gli interventi e le attività determinanti, con i quali il potere funzionale autorizzativo si confronta in particolare (naturalmente, tra le due dimensioni — quella generale inerente il paesaggio e quella particolare inerente l'esercizio della funzione autorizzativa — opera un nesso dialettico, l'una essendo la sintesi della seconda, che ne costituisce l'analisi, un po' come avviene, con le debite distinzioni e precisazioni, nel rapporto tra paesaggio e beni paesaggistici)».

[10] Si veda, in particolare, V. Parisio, *Art. 146*, in R. Ferrara, G. F. Ferrari (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, 2015, Padova, 145 ss.

[11] Per completezza, si evidenzia che la disciplina autorizzatoria non si esaurisce con il solo art. 146 cit. (oggetto della presente analisi). Più nel dettaglio, si segnala anche il regolamento n. 31/2017, recante la disciplina degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata, distinguendo gli interventi e le opere "libere" o "esenti", non soggetti ad autorizzazione paesaggistica, e gli interventi e le opere di lieve entità, soggetti a procedimento autorizzatorio semplificato.

[12] G. Mari, *op. cit.*, 103 ss.

[13] La connessione tra i due indicati commi sta nell'obbligo di chiedere la preventiva autorizzazione solo se il "progetto degli interventi" e i "lavori" da avviare possano, almeno in astratto, introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione. Lo scopo è esattamente quello «di impedire che i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili e aree di interesse paesaggistico possano introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione» (M. Sinisi, *op. cit.*).

[14] L'importanza di tale verifica è sottolineata dalla previsione secondo cui essa costituisce "atto autonomo e presupposto" rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio (art. 146, comma 4) ed è anche il motivo per cui, fuori dai casi previsti dalla legge, è preclusa la possibilità di rilasciare l'autorizzazione in sanatoria, successivamente alla realizzazione degli interventi.

[15] Ai sensi del comma 5 dell'art. 146, «sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo quanto disposto all'articolo 143, commi 4 e 5. Il parere del Soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero su richiesta della regione interessata, dell'venuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione».

[16] Sul tema, da ultimo, si veda R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, 2020, Torino, 134 ss.

[17] Art. 146, comma 9, come modificato dal c.d. "Sblocca Italia". La versione antecedente prevedeva la possibilità per l'amministrazione competente di indire una conferenza di servizi che avrebbe dovuto pronunciarsi nel termine "perentorio" di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, l'amministrazione competente provvedeva sulla domanda di autorizzazione. L'obiettivo della suddetta riforma legislativa, dichiarato nella relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione del decreto Sblocca Italia, era quello di fornire una «chiarificazione circa la prescindibilità del parere del soprintendente», cioè al fine di «evitare rallentamenti nella conclusione dei procedimenti» e di «superare gli orientamenti spesso contrastanti».

[18] T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 giugno 2015 n. 1261, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 2 febbraio 2011, n. 224, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 18 marzo 2011 n. 440 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 giugno 2009 n. 448, in *giustizia-amministrativa.it.*, in cui si afferma che le valutazioni di compatibilità ambientale «concretano un apprezzamento tecnico discrezionale rispetto al quale il sindacato del giudice è circoscritto alle situazioni connotate da evidenti illegittimità e da incongruenze manifeste, mentre non può tradursi nella formulazione di giudizi che spettano solo all'autorità competente». Secondo poi T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 24 dicembre 2007 n. 398, in *giustizia-amministrativa.it.*, non è ammissibile la surrogazione delle valutazioni tecniche spettanti alle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente, paesaggistico territoriale e della salute dei cittadini.

[19] Secondo la giurisprudenza, la funzione esercitata dalla Soprintendenza, benché consultiva «assume valenza, in sostanza, di tipo co-decisionale rispetto alla determinazione di autorizzazione paesaggistica» (Cons. Stato, sez. VI, 04 giugno 2015, n. 2751, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, 768 ss.). Con l'entrata in vigore nel 2010 dell'art. 146 cit., «la Soprintendenza esercita, non più un sindacato di legittimità ex post [...] sulla autorizzazione già rilasciata dalla regione o dall'ente delegato, con il correlativo potere di annullamento, ma un

potere che consente di effettuare ex ante valutazioni di merito amministrativo, con poteri di cogestione del vincolo paesaggistico» (inter alia, Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2019, n. 3870, in [giustizia-amministrativa.it](#)).

[20] A. Berlucchi, *op. cit.*, 130 ss. Secondo l'A., «l'atto autorizzatorio, in buona sostanza, viene deciso sostanzialmente nel suo contenuto dalla Soprintendenza ma formalmente imputato all'ente subdelegato, solitamente il Comune».

[21] Sull'attività consultiva e pareri in generale si vedano *ex plurimis*: A. Amorth, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in *Amm. civ.*, 1961, 397 ss.; F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, 1974, Milano, 35 ss.; C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002, 132 ss.; V. Parisio, *Novità e conferme nella disciplina degli atti consultivi prevista nella l. 15 maggio 1997 n. 127*, in *Aa.Vv.*, *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della l. 15 maggio 1997 n. 127*, 1998, Milano, 68 ss.; G. Ghetti, *La consulenza amministrativa*, 1974, Padova, 198 ss.; F. Franchini, *Il parere nel diritto amministrativo*, 1945, Milano, 44 ss.; V. Parisio, *L'attività consultiva*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, Milano, 324 ss.; M. Nicosia, *Il procedimento amministrativo: principi e materiali. Commento alla l. 241/1990 e alla sua attuazione con i d.p.r. 300 e 352/1992*, 1992, Napoli, 138 ss.

[22] Si segnalano T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 21 settembre 2006, n. 669; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 febbraio 2014 n. 459, tutte in [giustizia-amministrativa.it](#); Cons. Stato, sez. VI, 04 ottobre 2013, n. 4914, in *Urb e app.*, 2013, 12, 1344 ss.

[23] Si vedano, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1561, in [giustizia-amministrativa.it](#); *Id.*, sez. VI, 27 aprile 2015 n. 2136, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 775 ss.; *Id.*, sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 4927, in [giustizia-amministrativa.it](#); *Id.*, sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2016, 3, 1204 ss.; *Id.*, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3179, in [giustizia-amministrativa.it](#).

[24] T.A.R. Veneto, sez. II, 14 novembre 2013 n. 1295, in [giustizia-amministrativa.it](#). Secondo altra giurisprudenza la mancanza del parere vincolante avrebbe imposto all'amministrazione competente di concludere il procedimento dichiarando l'improcedibilità (con conseguente possibilità dell'interessato di ricorrere avverso l'inerzia e di chiedere il risarcimento del danno da ritardo: in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4914, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 4, 322 ss.).

[25] *Ex plurimis*, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 24 luglio 2013, n. 1739; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 2267, 2015; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 20 gennaio 2016, n. 41; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 20 settembre 2016 n. 1446, tutte in [giustizia-amministrativa.it](#).

[26] Con riguardo a tale articolo, autorevole dottrina (Parisio) ha chiarito come i poteri vincolanti vadano esclusi dal relativo ambito di applicazione altrimenti ricorrendo l'interprete in «un insanabile contraddizione logica, in quanto un parere definito dalla legge come vincolante finirebbe di fatto col perdere tale sua qualificazione se si riconoscesse all'amministrazione attiva la possibilità di prescindere»; V. Parisio, *Art. 16*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, Milano, 715 ss.

[27] Sulla non applicabilità del silenzio assenso al parere della soprintendenza ex art. 16, 17 e 20 l. n. 241/1990, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 febbraio 2012, n. 685; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 03 settembre 2015, n. 11030, tutte in [giustizia-amministrativa.it](#).

[28] Merita una riflessione, sul punto, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria 27 luglio 2016, n. 17, in [giustizia-amministrativa.it](#), la quale ha precisato che il silenzio assenso previsto dalla l. n. 394/1991 (legge quadro sulle aree protette) non è stato implicitamente abrogato a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 80/2005, che nell'innovare l'art. 20 l. n. 241/90, ha escluso che l'istituto del silenzio assenso possa trovare applicazione in materia di tutela ambientale e paesaggistica. Pur riferendosi la pronuncia ad altro contesto normativo, si può ritenere che gli interessi coinvolti e la materia specifica siano simili e che quindi i rilievi della pronuncia possano risultare qui di interesse. Le ragioni per cui il giudice amministrativo giunge a tali conclusioni sono le seguenti: a) non si rinviene un'indicazione della giurisprudenza costituzionale in senso preclusivo alla possibilità per il legislatore ordinario statale di dotarsi dello strumento di semplificazione procedimentale rappresentato dal silenzio assenso anche in materia ambientale, laddove si tratti di valutazione con tasso di discrezionalità non elevatissimo; b) neppure la giurisprudenza comunitaria ha fornito indicazioni precise in tal senso: la Corte di giustizia europea (*ex aliis*, 28 febbraio 1991, causa C-360/87; 10 giugno 2004, causa C-87/02; 26 febbraio 2011, causa C-400/08) ha ritenuto non compatibile la definizione tacita del procedimento solo quando però, per garantire effettività agli interessi tutelati (tutela della salute), fosse necessario un'espressa valutazione amministrativa quale un accertamento tecnico o una verifica. In questi casi, la previsione del silenzio assenso darebbe adito al rischio che l'amministrazione non svolga quella attività istruttoria imposta a livello comunitario per la tutela di particolari valori e interessi. In dottrina, A. Berlucchi, *op. cit.*; G. Sciuillo, *Gli interessi sensibili in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 56 ss.

[29] L'art. 17 *bis* riguarda, infatti, anche i pareri vincolanti (da ritenere inclusi nell'ampia nozione di "assensi comunque denominati") resi in uno schema di provvedimento, non ponendo eccezioni per gli interessi sensibili.

[30] Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 404, in *Foro amm.*, 1998, 1321 ss.; *Id.*, 10 marzo 1998, n. 302, in *Giust. civ.*, 1998, 1390 ss.; *Id.*, 01 luglio 1992, n. 307, in *Giur. it.*, 1998, 1, 505 ss.

[31] Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2378, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1306 ss. Ed ancora, «*la semplificazione procedimentale può sì perseguire l'obiettivo di speditezza del procedimento ma non surrettiziamente invertire il rapporto sostanziale tra interessi e sottrarre effettività a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale qual è la tutela del paesaggio*» (Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 4, 707 ss.).

[32] T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 11 settembre 2020, n. 9528, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2020, 5, 456 ss., secondo cui «*il parere successivamente reso in senso favorevole dalla Soprintendenza supera ed assorbe la proposta contraria della Commissione Comunale, poiché assume natura, oltre che obbligatoria, anche vincolante, con il quale la Soprintendenza esercita non più un sindacato di legittimità ex post (come previsto dall'art. 159 del Codice nel regime transitorio fino al 31 dicembre 2009), sull'autorizzazione paesaggistica già rilasciata dalla Regione o dall'ente delegato, con il correlativo potere di annullamento, ma un potere che consente di effettuare ex ante valutazioni di merito amministrativo, con poteri di coesistenza del vincolo paesaggistico*». Pertanto, la scansione procedimentale sopra riportata «*assegna, quindi una inequivoca prevalenza delle valutazioni fatte dall'Autorità Statale (sebbene effettuate in sede consultiva) che, quindi, dovranno essere formalmente recepite nell'atto finale, conclusivo del procedimento, dall'ente (comunale o regionale) competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica*».

[33] Cons. Stato, sez. VI, 03 marzo 2015, n. 2136; Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2015, n. 4927, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[34] Tanto è confermato dalla giurisprudenza anche in casi analoghi disciplinati dal medesimo d.lgs. n. 42/2004, ad esempio nel giudizio di compatibilità ambientale. Ed infatti, «*alla funzione di tutela del paesaggio (che il Ministero dei beni culturali esercita esprimendo il suo obbligatorio parere nell'ambito del procedimento di compatibilità ambientale) è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire inconsiderazione. Esso è atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica, attraverso il quale, similmente a quanto avviene nell'espressione del parere di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, l'intervento progettato viene messo in relazione con i valori protetti ai fini della valutazione tecnica della sua compatibilità con il tutelato interesse pubblico paesaggistico, valutazione che è istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto*» (Cons. Stato, sez. IV, 02 marzo 2020, n. 1486; *Id.*, sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652; *Id.*, 10 giugno 2013, n. 3205, tutte in *giustizia-amministrativa.it*).

[35] Ciò in quanto, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti e in mancanza di parere della Soprintendenza, l'art. 146, comma 9, stabilisce che l'amministrazione competente “provvede comunque” sulla domanda di autorizzazione.

[36] Cons. Stato, sez. II, 08 giugno 2016, n. 1794, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si specifica, tra l'altro, che «*il parere pronunciato tardivamente, pur conservando la propria legittimità, deve considerarsi inutiliter datum, dunque, solo nel caso in cui il procedimento sia stato medio tempore concluso dall'Ente territoriale competente*».

[37] In generale sull'istituto del silenzio assenso, vedasi F.G. Scoca, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, 1985, Rimini, 236 ss.; *Id.*, *Il silenzio della pubblica amministrazione: la ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. Parisio (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 3 ss.; V. Parisio, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario del diritto amministrativo*, Milano, 2006, 1022 ss.; *Id.*, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5550 ss.; A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *giustamm.it*, 2016; M. P. Chiti, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: avversari o alleati?*, in *Foro it.*, 2006, 1057 ss.; G. Morbidelli, *Il silenzio assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 2006, Napoli, 265 ss.

[38] In dottrina, si veda, *ex plurimis*, M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a. silenzio assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, 17 ss.; P. Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento orizzontale all'interno della nuova amministrazione disegnata dal Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 2016; *Id.*, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17 bis della l. n. 241 del 1990 dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 10 ss.; G. Mari, *Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizi, la conferenza di servizi e il silenzio assenso id cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990*, in *Aa.Vv.*, *Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperienze italiane ed europee a confronto*, atti dei convegni *Strategie di contrasto alla corruzione: l. 06/11/2012 n. 190 e s.m.i. e Titoli abilitativi edilizi, Sblocca Italia e Decreti del Fare*, Napoli, 2016, 39 ss.; A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[39] Sul punto, peraltro, giova evidenziare come il pluridecennale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi sul tema si è, da tempo, indirizzato verso posizioni diametralmente opposte – o comunque parzialmente diverse e “temperate” – all'applicazione *tout court* degli istituti di semplificazione (tra cui il silenzio assenso) nell'ambito della tutela di interessi

sensibili, rilevando, in buona sostanza, come detti istituti non debbano trovare applicazione (o comunque un'applicazione limitata a pochi circostanziati casi) quando è in gioco la protezione dell'ambiente. Sulla scia di tale consolidata impostazione ed indirizzo, si veda, da ultimo, R. Leonardi, *op. cit.*, 354 ss.

[40] Stando poi al tenore letterale, il silenzio assenso procedimentale attiene ai soli casi in cui una amministrazione è tenuta ad acquisire l'assenso di una altra amministrazione su uno schema di provvedimento già predisposto dalla prima. In base a tale interpretazione, l'art.17 *bis* non trova invece applicazione nel caso in cui le diverse amministrazioni coinvolte siano chiamate a compiere valutazioni nell'ambito di un procedimento a struttura complessa (nel corso della cui istruttoria sia necessario acquisire pareri e valutazioni con il coinvolgimento di una pluralità di amministrazioni), in tal caso trovando applicazione gli artt. 16 e 17 della l. n. 241/90 (articoli che escludono il silenzio assenso e, in termini più generali, forme di semplificazione quali anche il silenzio devolutivo in caso di interessi sensibili coinvolti). Parimenti la norma «*non sarebbe applicabile nei procedimenti collegati relativi ad autonomi atti di assenso funzionali a consentire lo svolgimento di un'attività e che risultano essere l'esito di distinte valutazioni delle amministrazioni*» (G. Mari, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 3, 61 ss.).

[41] Sulle criticità in merito all'applicazione dell'art. 17 *bis* alle materie sensibili si veda, in particolare, G. Corso, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi.it*, 2015; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 1, 11 ss.; E. Scotti, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, Torino, 566 ss.

[42] Per un'analisi approfondita, F. Martines, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 747 ss.

[43] Si vedano le considerazioni di F. De Leonardi che (nel citato scritto *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*) osserva come «*appare chiaro che norma costituisce una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la guerra di logoramento degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari*». L'Al., a sostegno dell'opportunità di mantenere in vita la previgente esclusione del regime semplificatorio per le materie sensibili, mette in evidenza per un verso l'incoerenza della nuova disciplina rispetto a quella prevista per il silenzio assenso dell'art. 20 L. 241/1990 e, per altro verso, afferma (richiamando E. Casetta) che «*non tutti gli interessi tollerano una disciplina procedimentale che comporti una semplificazione in grado di sacrificare la corretta ponderazione di alcuni valori*».

[44] F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, *op. cit.*, il quale osserva che, in realtà, «*la norma non introduce nulla di nuovo quanto al profilo della intensità della tutela degli interessi sensibili ed anzi, letta insieme alla norma di delega legislativa in materia di silenzio assenso, contenuta nella stessa L. n. 124/2015 (art. 5), può rappresentare l'occasione per ricondurre in un ambito di coerenza costituzionale la normativa già vigente in tema di silenzio in materie sensibili*».

[45] Corte Cost., 01 luglio 1992, n. 307, ove si evidenzia che i principi fondamentali da osservarsi in tema di smaltimento dei rifiuti, stante la necessità di tutelare la salute e l'ambiente, escludono la possibilità del ricorso al silenzio assenso. Per la Corte tale esclusione è motivata «*proprio perché si impone la tutela della salute e dell'ambiente che sono beni costituzionalmente garantiti e protetti*».

[46] *Ex plurimis*, Corte cost., 10 ottobre 1992, n. 393.

[47] Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 26, in *Giur. it.*, 1996, I, 271 ss. In particolare, secondo questa giurisprudenza costituzionale, l'istituto del silenzio assenso non può ritenersi compatibile con i principi di buon andamento della P.A., in presenza di procedimenti complessi, caratterizzati da un alto tasso di discrezionalità.

[48] Ci si riferisce al parere Cons. Stato, Ad. speciale, 23 giugno 2016, n. 1640, in *giustizia-amministrativa.it*.

[49] Sul tema, V. Parisio, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 839 ss.; F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Milano, 2000; A. Police, *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità*, in *apertacotrada.it*, 2013.

[50] A. Del Prete, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 3, 75 ss.

[51] Cons. Stato, Ad. speciale, 23 giugno 2016, n. 1640.

[52] Ed infatti, l'art. 11, comma 9, del d.p.r. n. 31/2017, relativo ad interventi sottoposti a procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, stabilisce che «*in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della l. 7 agosto 1990 n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione*

precedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica». Sul punto, si richiamano anche le circolari MIBACT del 10 novembre 2015 e del 20 luglio 2016, ove si distingue tra procedimenti ad istanza di parte privata e quelli in cui la domanda provenga dalla P.A.: per i primi resta applicabile l'art. 20 della l. n. 241/1990 e quindi l'inclusa esclusione degli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico; «trova invece applicazione il nuovo art. 17 bis in tutti i casi in cui la domanda provenga da una p.a. anche ove il destinatario finale dell'atto titolare della posizione soggettiva condizionata al previo atto di assenso sia un privato e la sua domanda sia intermediata e vincolata dallo sportello unico comunale». Secondo quanto chiarito nella circolare, l'art. 17 bis trova poi applicazione «qualora l'inerzia concerna pareri vincolanti in quanto atti aventi natura di codecisione» (rientrando invece i pareri non vincolanti nell'ambito della disciplina di cui all'art. 17 della l. n. 241/1990).

[53] P. Marzaro, *Autorizzazione paesaggistica semplificata e procedimenti connessi*, op. cit. Ciò pur a fronte delle perplessità espresse in relazione all'operatività dell'art. 17 bis della l. n. 241/1990, che l'A. definisce «espressione di un generale e preoccupante processo di dequotazione della tutela garantita agli interessi sensibili che caratterizza in modo sempre più netto il nostro sistema, specie all'esito della c.d. riforma Madia».

[54] F. D'Angelo, *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso "endoprocedimentale"*, in *Dir. Amm.*, 2021, 2, 231 ss.

[55] Si pensi, poi, alla riduzione dell'incisività del ruolo attribuito alla Soprintendenza dal Codice (nelle ipotesi in cui si formi il silenzio assenso, il procedimento sarebbe reso privo di un contributo istruttorio qualificato che, storicamente, le regioni o i comuni non sono apparse in grado di offrire per ragioni politiche o organizzative; inoltre, l'istruttoria eventualmente avviata dagli organi ministeriali diverrebbe inutile e ininfluenza rispetto alla determinazione finale, con vanificazione delle risorse impiegate) e al rischio di deresponsabilizzare, oltre i funzionari ministeriali, le amministrazioni precedenti.

[56] Tale conclusione sembrerebbe confermata dall'introduzione del comma 8 bis nell'art. 2 della l. n. 241/1990 ad opera del D.L. n. 76/2020, convertito dalla L. n. 120/2020, che sancisce l'inefficacia, fra gli altri, dei pareri di cui all'art. 17 bis adottati «dopo la scadenza dei termini previsti[...] fermo restando quanto previsto dall'articolo 21- nonies».

[57] F. D'Angelo, op. cit.

[58] *Ex alius*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 07 giugno 2019, n. 3099; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 08 giugno 2017, n. 394; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 maggio 2018, n. 153, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[59] Sul punto, Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2020, 3, 567 ss. I giudici amministrativi, in tale pronuncia, hanno evidenziato come «alla funzione di tutela del paesaggio (che il Ministero dei beni culturali esercita esprimendo il suo obbligatorio parere nell'ambito del procedimento di compatibilità ambientale) è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione [...]. Anche laddove, cioè, il legislatore abbia scelto una speciale concentrazione procedimentale, come quella che si attua con il sistema della conferenza dei servizi, essa non comporta comunque un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica perché questa si fonda su un espresso principio fondamentale costituzionale».

[60] G. Sciuolo, «Interessi differenziati» e procedimento amministrativo, in *giustamm.it*, 2016, 5, 24 ss. Secondo l'A., «l'interpretazione costituzionalmente orientata delle ipotesi di silenzio assenso in discorso spinge a ricostruire l'inerzia serbata dall'amministrazione non come fattispecie legale equivalente un atto di consenso alla determinazione prospettata dall'amministrazione precedente (o quantomeno di non contrarietà all'interesse curato rispetto ad essa), ma piuttosto come 'silenzio facoltativo', ossia come silenzio che abilita l'amministrazione precedente ad assumere la determinazione finale pur in assenza del consenso dell'amministrazione coinvolta nella conferenza». Ciò però non esonera l'amministrazione precedente dall'annoverare, in forma espressa e compiuta, nella valutazione complessiva degli interessi in gioco «anche quell'interesse in relazione al quale è mancata la determinazione dell'amministrazione rimasta silente, impiegando le conoscenze a sua disposizione o in ipotesi avvalendosi di valutazioni di altre strutture pubbliche al riguardo idonee».

[61] Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4374, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si legge che «l'amministrazione precedente, chiamata ad adottare il provvedimento finale, deve tenere conto delle posizioni prevalenti espresse in seno alla conferenza, ma non essendo in presenza di un organo collegiale, bensì di un modulo procedimentale, ciò non significa che deve attuare la volontà della maggioranza delle amministrazioni, quanto piuttosto che deve esercitare un potere discrezionale bilanciando le ragioni manifestate in seno alla conferenza, verificando in che termini si delinei la prevalenza del soddisfacimento degli interessi in gioco. [...] Il ruolo assunto dall'amministrazione precedente non è meramente notarile, ma di sintesi delle ragioni emerse, dovendone ponderare l'effettiva rilevanza per come sono state in concreto prospettate, al fine di esprimere un giudizio di prevalenza».

[62] Si badi che la giurisprudenza amministrativa si è più volte espressa in tal termini con riferimento al parere soprintendenziale, vale a dire che «la mancata osservanza, da parte della Soprintendenza, del termine previsto ex lege per il rilascio del parere di compatibilità paesaggistica non determina l'illegittimità del parere reso oltre tale termine ma semplicemente la perdita, da parte di quest'ultimo, del carattere vincolante impressogli dalla legge perché esso, pur collocandosi al di fuori del quadro normativo, costituisce pur sempre un elemento del procedimento che l'Amministrazione deve valutare, potendosene solo motivatamente discostare». Secondo i giudici amministrativi, non

può dunque fondatamente sostenersi che l'assenza del rappresentante della Regione alla Conferenza di servizi potesse avere valore di conferma *per silentium* del parere favorevole già espresso, quanto meno sotto il profilo della totale mancanza di argomentazioni idonee a superare le ragioni di tutela paesaggistica del sito evidenziate dalla Soprintendenza (T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 23 febbraio 2017, n. 133, in *giustizia-amministrativa.it*).

[63] Si rinvia integralmente, anche per un approfondimento specifico e dettagliato, a L. Caruccio, *Art. 14 ter*, in V. Italia, S. D'Ancona, G. Ruggeri, P. Pantalone, A. Zucchetti (a cura di), *L'attività amministrativa*, 2020, Milano, 476 ss.

[64] Cons. Stato, Comm. Speciale, 7 aprile 2016, n. 890, in *giustizia-amministrativa.it*.

[65] Come evidenziato in dottrina (A. Del Prete, *op. cit.*), «*se da un lato si possono tendenzialmente ritenere compatibili con la tutela di interessi sensibili [...] moduli di semplificazione consistenti nel coordinamento ed unificazione di procedimenti connessi, più delicato è il discorso in relazione a quei sistemi che consentano di prescindere dal pronunciamento dell'amministrazione. E ciò sia per il valore costituzionale dell'interesse tutelato, che impone un'adeguata istruttoria e ponderazione, sia anche per le peculiari caratteristiche che connotano le autorizzazioni in materia ambientale, come quelle relative al paesaggio e ai beni culturali*».

[66] In tal senso, è stato suggerito da parte della dottrina di escludere i procedimenti ad elevato contenuto discrezionale, applicando il criterio della differenziazione dei livelli e delle modalità procedimentali, sulla scorta di quanto già avviene per i rapporti tra P.A. e privati.

[67] In particolare, il comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990, introdotto dal d. l. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), sancisce, in estrema sintesi, l'inefficacia del provvedimento emanato oltre i termini procedimentali in tutti i casi in cui operi il regime del silenzio assenso, nonché nelle ipotesi di SCIA. Per una approfondita analisi, si veda M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.

[68] F. D'Angelo, *op. cit.*

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2019 – 12 novembre 2021

La Valutazione Ambientale Strategica: *ratio*, caratteristiche e peculiarità (nota a Consiglio di Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152)

di Gianluigi Delle Cave

Sommario: 1. La vicenda – 2. Brevi cenni normativi sulla Valutazione Ambientale Strategica – 2.1. (segue) la normativa regionale lombarda in materia di VAS – 3. Analisi critica della sentenza n. 6152/2021: i rapporti tra amministrazioni nel procedimento di VAS – 3.1. (segue) la VAS e la pianificazione urbanistica – 3.2. (segue) sulla c.d. “opzione zero” – 4. Conclusioni.

1. La vicenda

Con un’articolata e densa pronuncia^[1], il Consiglio di Stato ha evidenziato e ulteriormente chiarito alcuni aspetti relativi all’oggetto, al procedimento e allo scopo di un fondamentale istituto della disciplina ambientale, vale a dire la Valutazione Ambientale Strategica (per brevità “VAS”).

Anticipando quanto meglio si dirà nel seguito, scopo della VAS consiste nella verifica degli impatti derivanti sull’ambiente naturale da strumenti urbanistici generali: in particolare, l’aggettivo “strategica” evidenzia proprio l’aspetto caratterizzante dell’istituto, costituito dalla significativa anticipazione della valutazione delle possibili conseguenze ambientali negative dell’azione amministrativa conseguenti alla progettazione e adozione di piani e dei programmi. Tale valutazione, come noto, ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell’ambiente e contribuire all’integrazione di considerazioni ambientali all’atto dell’elaborazione, dell’adozione e approvazione di piani e programmi assicurando che siano

coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile. Proprio in virtù di dette finalità, la VAS – *rectius* la funzione della Valutazione *de qua* – costituisce un atto di valutazione interno al procedimento di pianificazione, cioè una valutazione degli effetti ambientali conseguenti all'esecuzione delle previsioni ivi contenute.

Ebbene, il Collegio, nella sentenza in commento, ha affrontato e sgranato diversi punti nodali in materia di VAS, ciò attraverso una ricostruzione certosina della complessa normativa di riferimento, al fine di (i) fornire una corretta interpretazione della stessa anche alla luce della disciplina comunitaria nonché (ii) meglio delinearne i rapporti con gli strumenti di programmazione e di pianificazione urbanistica nel complesso.

2. Brevi cenni normativi sulla Valutazione Ambientale Strategica

La VAS trova il suo fondamento nella Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001, con il dichiarato obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente innestandone la tutela anche nel procedimento di adozione e di approvazione di piani e programmi astrattamente idonei ad impattare significativamente sullo stesso[2].

La finalità di salvaguardia e miglioramento della qualità dell'ambiente, nonché di protezione della salute umana e di utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, ne impone una lettura ispirata al rispetto del principio di precauzione, in una prospettiva di sviluppo durevole e sostenibile dell'uso del suolo. La VAS, dunque, – così come le altre procedure di valutazione in materia ambientale – è finalizzata alla piena realizzazione del principio dello sviluppo sostenibile delle attività economiche e costituisce espressione della politica ambientale dell'Unione Europea, cioè di quell'insieme di provvedimenti e di misure miranti alla tutela dell'ambiente e delle risorse naturali, necessarie a salvaguardare la crescente scarsità delle risorse e la qualità della vita[3]. A tal proposito, la VAS si accosta, senza identificarsi con gli stessi, ad altri strumenti di valutazione, come la Valutazione di Impatto Ambientale (per brevità, "VIA") su singoli progetti e quella di incidenza ("VI"), riferita ai siti di Natura 2000, in modo da costituire un unico sistema che vuole l'intero ciclo della decisione teleologicamente orientato a ridette esigenze di tutela[4]. La stretta compenetrazione tra i richiamati istituti trova riscontro anche nelle considerazioni della dottrina più accorta, che ha da tempo segnalato l'esigenza di sviluppare una reale sinergia tra VIA e VAS, rafforzando qualitativamente, mediante obiettivi di sostenibilità sorretti da specifici *target*, la seconda, così da accelerare la prima con riferimento ad opere incardinate in piani e programmi già attentamente valutati nella loro portata generale.

Per contro, il legislatore, nella continua ricerca di un giusto punto di equilibrio tra adeguato livello di tutela ambientale e accelerazione delle procedure delle opere di rilevante interesse pubblico, da ultimo riferite a quelle previste nel Piano nazionale integrato energia e clima ("PNIEC") ovvero nel Piano nazionale di ripresa e resilienza ("PNRR"), ha inteso incidere pressoché essenzialmente sulla VIA, ricalibrandone le fasi, ovvero comprimendone i tempi di perfezionamento[5].

Al di là di tali ultime considerazioni (di cui meglio si dirà nel seguito), da un punto di vista squisitamente normativo, la suddetta Direttiva 2001/42/CE è stata recepita nell'ordinamento

nazionale inserendo la disciplina della VAS nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 c.d. “Codice dell’Ambiente” (di seguito anche “Codice”)[6]. Più nel dettaglio, per quanto qui di interesse:

(I) l’art. 4 del Codice chiarisce le finalità della Valutazione in esame: nello specifico, si stabilisce che la valutazione ambientale di piani, programmi e progetti ha la finalità di assicurare che l’attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, e quindi nel rispetto della capacità rigenerativa degli ecosistemi e delle risorse, della salvaguardia della biodiversità e di un’equa distribuzione dei vantaggi connessi all’attività economica[7];

(II) l’art. 6 del Codice specifica l’oggetto della disciplina: la VAS riguarda i piani e i programmi che possono avere impatti significativi sull’ambiente e sul patrimonio culturale[8]. Giova evidenziare che “piani” e “programmi” nel settore ambientale, al pari degli altri ambiti, hanno in comune l’essenza della funzione programmatica dell’azione della P.A., diretta ad organizzare una serie di condotte e decisioni future degli stessi organi pubblici, in senso teleologicamente coordinato e convergente[9]. Ebbene, la VAS viene effettuata per tutti i piani e i programmi[10]: a) che sono elaborati per la valutazione e gestione della qualità dell’aria ambiente, per i settori agricolo, forestale, della pesca, energetico, industriale, dei trasporti, della gestione dei rifiuti e delle acque, delle telecomunicazioni, turistico, della pianificazione territoriale[11] o della destinazione dei suoli, e che definiscono il quadro di riferimento per l’approvazione, l’autorizzazione, l’area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti elencati negli allegati II, II-bis, III e IV del Codice[12]; b) per i quali, in considerazione dei possibili impatti sulle finalità di conservazione dei siti designati come zone di protezione speciale per la conservazione degli uccelli selvatici e quelli classificati come siti di importanza comunitaria per la protezione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatica, si ritiene necessaria una valutazione d’incidenza ex art. 5 del d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357. Per i suddetti piani e programmi che determinano l’uso di piccole aree a livello locale[13] e per le modifiche minori dei medesimi piani e programmi, la valutazione ambientale è necessaria qualora l’autorità competente valuti che producano impatti significativi sull’ambiente, secondo le disposizioni di cui all’articolo 12[14] del Codice e tenuto conto del diverso livello di sensibilità ambientale dell’area oggetto di intervento (si parla, in tal caso, di “VAS eventuale”)[15]. Viene chiarito, inoltre, al comma 12, che le modifiche dei piani e dei programmi elaborati per la pianificazione territoriale, urbanistica o della destinazione dei suoli conseguenti all’approvazione dei piani di difesa fitosanitaria, nonché a provvedimenti di autorizzazione di opere singole che hanno per legge l’effetto di variante ai suddetti piani e programmi, ferma restando l’applicazione della disciplina in materia di VIA, la VAS non è necessaria per la localizzazione delle singole opere[16];

(III) il successivo art. 7 ha innanzi tutto distinto la procedura di VAS a livello statale da quelle riferibili ad ambiti regionali o locali, preoccupandosi poi esclusivamente della prima, anche in relazione all’indicazione dei soggetti competenti per le varie fasi della stessa. Per i casi di rilievo locale, invece, ha fatto rinvio alle disposizioni di legge regionale o delle Province autonome, evidenziando il limite di introdurre un’arbitraria discriminazione e ingiustificati aggravii procedurali[17]. Ciò, inoltre, ha concretamente determinato lo sviluppo di un quadro ampio e articolato di legislazione regionale, primaria e secondaria, caratterizzato da una pluralità di approcci, soprattutto per quanto riguarda le modalità procedurali, che è difficile ricondurre a sintesi. Su quest’ultimo punto, poi, come evidenziato nel Rapporto del 2017 redatto dal Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare sullo stato di attuazione dei procedimenti di VAS, le Regioni si sono per lo più orientate nel senso di

delegare le funzioni di “autorità competente” a Province, Città metropolitane e Comuni, in quanto preposti alle scelte urbanistiche nell’ambito del proprio territorio di riferimento. Proprio le scelte di governo del territorio[18], infatti, sono tipicamente atti soggetti a VAS[19];

(IV) l’art. 11 del Codice, poi, si occupa delle modalità di svolgimento della VAS, specificando che la fase di valutazione è effettuata anteriormente all’approvazione del piano o del programma, ovvero all’avvio della relativa procedura legislativa, e comunque durante la fase di predisposizione dello stesso;

(V) l’art. 12 disciplina la c.d. “verifica di assoggettabilità” a VAS ovvero la VAS relativa a modifiche a piani e programmi già sottoposti positivamente alla verifica di assoggettabilità (limitata ai soli effetti significativi sull’ambiente che non siano stati precedentemente considerati dagli strumenti normativamente sovraordinati);

(VI) infine, ai sensi dell’art. 15, comma 2, del Codice, l’autorità procedente, in collaborazione con l’autorità competente, provvede, prima della presentazione del piano o del programma, per l’approvazione e tenendo conto delle risultanze del parere motivato e dei risultati delle consultazioni transfrontaliere, alle opportune revisioni del piano o programma.

Alla luce delle coordinate normative e regolatorie appena ripercorse, la VAS si può sinteticamente definire, dunque, come un processo formale, sistematico e comprensivo di valutazione degli impatti ambientali di una politica, di un piano o programma, e delle sue alternative, i cui risultati devono essere resi pubblici e integrati nel processo decisionale. Come altresì rilevato in dottrina, in tale quadro concettuale, la VAS si pone non solo, e non tanto, come una semplicistica e settoriale analisi descrittiva di impatti sulle risorse ambientali del sistema di azioni, e di trasformazioni, che costituiscono l’attuazione di un piano, quanto, piuttosto, come un processo che accompagna, fin quasi all’identificazione, il processo decisionale ed attuativo del piano, quindi la sua dimensione strategica. La VAS, in sostanza, non è, quindi, ontologicamente legata ad un *assessment* dell’esito del processo decisionale in relazione al suo impatto sull’ambiente, quanto, piuttosto, “*al processo di definizione della decisione, in cui gli obiettivi di sostenibilità devono integrarsi, fin dalle prime fasi del processo stesso, con quelli di sviluppo economico e sociale*”[20].

2.1. (segue) la normativa regionale lombarda in materia di VAS

La Regione Lombardia ha introdotto la Valutazione ambientale strategica dei piani fin dalla legge 11 marzo 2005, n. 12 (c.d. “Legge per il governo del territorio”), pur demandandone la disciplina di dettaglio a successivi atti attuativi[21]. Tali atti si identificano nella delibera del Consiglio regionale del 13 marzo 2007, n.VIII/351, di approvazione degli indirizzi generali per la Valutazione Ambientale di piani e programmi (VAS)[22] e in quella della Giunta regionale del 27 dicembre 2007, n. 6420, avente ad oggetto la determinazione della procedura di Valutazione ambientale di piani e programmi, che ha dettato disposizioni volte alla definitiva entrata in vigore della VAS nel contesto regionale.

La legge regionale n. 12/2005 non opera alcun distinguo né contempla adempimenti preliminari ai fini della sottoposizione a VAS degli atti cui fa riferimento[23]. Inoltre, in base a tale legge – che per la Regione Lombardia ha ridefinito l’intera materia urbanistica[24] – tutti i Comuni del territorio erano tenuti ad approvare il nuovo strumento di pianificazione

territoriale generale (denominato, appunto, “PGT”) entro il 31 marzo 2009, data poi prorogata al 31 marzo 2012. L’art. 4, comma 2, della legge *de qua*, individua, poi, espressamente gli atti da sottoporre a VAS, ovvero il piano territoriale regionale, i piani territoriali regionali d’area, i piani territoriali di coordinamento, nonché il Documento di Piano di cui al successivo art. 8 e, a certe condizioni, il Piano dei servizi[25].

Secondo la legislazione regionale lombarda, l’obiettivo ultimo, dunque, è assicurare la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull’ambiente e successivi atti attuativi, e ciò (anche) tramite la valutazione ambientale degli effetti derivanti dall’attuazione dei già menzionati piani e programmi[26]. Essa, inoltre, dispone che la valutazione ambientale è effettuata durante la fase preparatoria del piano o del programma ed anteriormente alla sua adozione o all’avvio della relativa procedura di approvazione, fermo restando che nella VAS del documento di piano – dispone la legge *de qua* – è definito l’assoggettamento o meno ad ulteriori valutazioni in sede di piano attuativo[27]. La legislazione regionale, dunque, ammette, con un certo favore ed in varie forme, la VAS anche rispetto ad una fase propriamente attuativa dei piani urbanistici, in particolar modo qualora si registrino delle varianti agli strumenti urbanistici generali[28].

3. Analisi critica della sentenza n. 6152/2021: i rapporti tra amministrazioni nel procedimento di VAS

Fermo restando il quadro normativo sopra brevemente riassunto con riferimento alla VAS, i giudici di Palazzo Spada, con la sentenza in commento, hanno indugiato, in primo luogo, sul rapporto tra P.A. (“competente” e “precedente”) nel procedimento ambientale in esame. In particolare, il procedimento formativo dello strumento di pianificazione urbanistica – come scolpito dalla disciplina regionale lombarda – sembrerebbe attribuire alla Provincia una posizione predominante, in deroga alla disciplina di settore, che riserva al Comune il ruolo di ente esclusivamente competente in materia urbanistica[29]. E tuttavia, una lettura costituzionalmente orientata della norma non può relegare il Comune a ruolo di supina e meccanicistica acquiescenza, “*ciò a maggior ragione nel momento in cui fra un atto (quello provinciale) e l’altro (quello comunale) si sia inserita proprio la disciplina della VAS, sì da imporre una specifica e aggiuntiva valutazione di impatto*”.

A tal fine, non può tacersi del fatto che il sistema della pianificazione territoriale urbanistica successivo alla riforma costituzionale del 2001, caratterizzato dalle leggi regionali c.d. di “seconda generazione” si presenta in maniera ben diversa da quello riveniente dalla legge urbanistica del 1942[30]. Esso risponde, infatti, ad una visione meno “gerarchica” e più armonica, che vede nella leale collaborazione, oltre che nella sussidiarietà, i teorici principi ispiratori delle scelte. La pianificazione sovracomunale, affermata sia sul livello regionale sia provinciale, si connota pertanto per una natura “mista” relativamente a contenuti – prescrittivi, di indirizzo e di direttiva – e ad efficacia, nonché per la flessibilità nei rapporti con gli strumenti sotto ordinati. La pianificazione comunale a sua volta non si esaurisce più nel solo tradizionale piano regolatore generale (in Lombardia, come detto, dopo la legge del 2005, “PGT”), ma presenta un’articolazione in atti o parti tendenzialmente distinti tra il profilo strutturale e quello operativo, e si connota per l’intersecarsi di disposizioni volte ad una programmazione generale che abbia come obiettivo lo sviluppo socioeconomico dell’intero contesto.

In buona sostanza, l'atto rimesso alla competenza dell'Ente sovraordinato (tipicamente, la Provincia), in quanto rivolto ad un ambito territoriale più ampio, non può che essere destinato “*ad indirizzare per linee generali le scelte degli enti territoriali, nel pieno rispetto dell'allocazione delle stesse, secondo il richiamato principio di sussidiarietà, al livello di governo più vicino al contesto cui si riferisce, rispondendo all'obiettivo di valorizzare le peculiarità storiche, economiche e culturali locali e insieme assicurare il principio di adeguatezza ed efficacia dell'azione amministrativa*”. Pertanto, nell'impostazione articolata e flessibile del sistema della pianificazione territoriale tipicamente strutturata su vari livelli, esso si colloca “a monte”, quale inquadramento degli elementi strutturali, delle reti e delle strategie, dalle quali è evidente che il Comune non può prescindere[31]. Quanto detto è stato affermato, peraltro, anche in relazione al rapporto tra fonti formalmente normative, con riferimento alle quali si è egualmente parlato di un rapporto non gerarchico, ma di compenetrazione funzionale[32]. Del resto, ciò trova rispondenza: (i) sia nella configurazione multilivello dei procedimenti di definizione delle scelte urbanistiche, che vuole il coinvolgimento dei vari Enti territoriali astrattamente interessati, oltre all'acquisizione del contributo collaborativo dei cittadini formalizzato nelle relative osservazioni; (ii) sia nell'incidenza delle regole, dal generale al particolare, sul medesimo ambito territoriale, all'interno del quale l'area di riferimento di quelle di maggior dettaglio si pone come un cerchio concentrico.

Sotto altro profilo, più complessa è invece la – contestata – convergenza nel medesimo Ente della funzione di controllante e controllore, terminologia peraltro di per sé foriera di equivoci concettuali circa il corretto inquadramento dell'apporto di ciascuno alla definizione del procedimento di VAS.

Ebbene, secondo i giudici di Palazzo Spada, dalle definizioni oggi contenute nell'art. 5 del Codice di “autorità competente” e “autorità procedente” risulta chiaro solo che entrambe sono “amministrazioni”, non che le stesse debbano essere diverse o separate (e che, pertanto, sia precluso individuare l'autorità competente in un diverso organo o articolazione della stessa amministrazione procedente). Più in generale, secondo il Consiglio di Stato, non è condivisibile l'approccio ermeneutico che desume la necessaria “separatezza” tra le due autorità (*i.e.* competente e procedente) dalla implicita convinzione che la VAS costituisca una sorta di momento di controllo sull'attività di pianificazione svolta dall'autorità proponente[33]. Detto approccio, infatti, è smentito dall'intero impianto normativo nella materia *de qua*, il quale invece evidenzia che le due autorità, seppur poste in rapporto dialettico, in quanto chiamate a tutelare interessi diversi, operano “in collaborazione” tra di loro in vista del risultato finale della formazione di un piano o programma attento ai valori della sostenibilità e compatibilità ambientale[34]. In particolare, secondo i giudici amministrativi, ciò si ricaverebbe, testualmente, dall'art. 11 del d.lgs. n. 152 del 2006, che – secondo l'opinione preferibile – costruisce la VAS non già come un procedimento o subprocedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione, ma come un passaggio endoprocedimentale di esso[35], concretantesi nell'espressione di un “parere” che riflette la verifica di sostenibilità ambientale della pianificazione medesima[36]. Ai fini della conformità del diritto interno ai principi della Direttiva comunitaria 42/2001/CE, non rilevano, dunque, i meccanismi concretamente escogitati dagli Stati membri, bensì unicamente che essi siano idonei ad assicurare il risultato voluto di garantire l'integrazione delle considerazioni ambientali nella fase di elaborazione, predisposizione e adozione di un piano o programma destinato a incidere sul territorio[37].

La suddetta ricostruzione parrebbe pure confermata dalle più recenti modifiche normative in materia del diverso procedimento di VIA[38]. Dette modifiche, infatti, declinano sì l'esigenza di segnalare ogni situazione di conflitto, anche potenziale, alle competenti autorità[39] ma senza incidere sulla previgente previsione in forza della quale qualora nei procedimenti di VIA o di verifica di assoggettabilità a VIA (cui la novella si riferisce specificamente) l'autorità competente coincida con l'autorità proponente di un progetto, esse provvedano a separare in maniera appropriata, nell'ambito della propria organizzazione delle competenze amministrative, le funzioni confliggenti in relazione all'assolvimento dei compiti derivanti dal Codice dell'Ambiente. Ciò militando, dunque, verso l'astratta possibilità di ridetta concentrazione di funzioni (addirittura da preferire)[40].

3.1. (*segue*) la VAS e la pianificazione urbanistica

In linea generale, per effetto del d.lgs. n. 152/2006 e della sua integrazione contenuta nel d.lgs. n. 4/2008, devono essere sottoposti a VAS, come detto, tutti gli atti di pianificazione territoriale e di destinazione dei suoli, ovviamente in una fase preliminare alla loro approvazione. Il legislatore, dunque, ha configurato un sistema articolato da piani, programmi e progetti per i quali rispettivamente la VAS è obbligatoria, piani per i quali la VAS è soltanto eventuale, piani esclusi dall'applicazione della procedura in questione[41].

Peraltro, dal momento che la procedura ambientale *de qua* è volta a garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente, sì da rendere compatibile l'attività antropica con le condizioni di sviluppo sostenibile e ad integrare le scelte discrezionali tipiche dei piani e dei programmi[42], è del tutto ragionevole che essa venga esperita prima dell'approvazione del piano, piuttosto che alla data della adozione, per far sì che la verifica dell'incidenza delle scelte urbanistiche sugli aspetti di vivibilità ambientale del territorio avvenga nel momento in cui tali scelte stanno per divenire definitive[43]. La necessaria contestualità tra la formazione dei piani e la VAS ha indotto la dottrina[44] a sostenere una lettura "integrazionista" della VAS nelle pianificazioni, rispetto ad una lettura "separazionista", "a canne d'organo". La procedura ambientale *de qua*, infatti, è co-fondativa dei piani ed è un istituto applicativo dei principi di precauzione e di sostenibilità. La particolarità, e difficoltà, è che nella VAS i principi di precauzione e di sostenibilità si applicano ad "oggetti" – come i piani territoriali – molto complessi, che ineriscono, in vario modo, ad ambiti spaziali molto vasti. Ciò spiega perché il risultato di evitare i rischi di incidenze negative sull'ambiente sia perseguibile meglio "*con un intreccio ab initio tra l'elaborazione tecnica del piano, sulla base di indirizzi politico-amministrativi, e la VAS, a partire dalla delibazione dei possibili impatti sull'ambiente delle macro scelte, in corso di definizione, del piano stesso*"[45]. Coerentemente, quindi, con lo scopo ad essa assegnato, di valutare l'attività oggetto del piano anche sotto il profilo ambientale e non solo sotto quello, spesso in conflitto col primo, della immediata opportunità e convenienza, la VAS va compiuta – come altresì chiarito dal Consiglio di Stato – "contestualmente" all'elaborazione del piano o programma[46]. Difatti, la VAS è volta a garantire che gli effetti sull'ambiente di determinati piani e programmi siano considerati addirittura durante l'elaborazione e comunque prima dell'adozione degli stessi, così da anticipare nella fase di pianificazione e programmazione quella valutazione di compatibilità ambientale[47] che, se effettuata sulle singole realizzazioni progettuali, non consentirebbe di compiere un'effettiva valutazione comparativa, mancando in concreto la possibilità di disporre di soluzioni alternative per la localizzazione degli insediamenti e, in generale, per stabilire, nella prospettiva dello sviluppo sostenibile, le modalità di utilizzazione del territorio[48].

In tale contesto, quindi, si colloca la VAS nei riguardi della pianificazione territoriale, con la quale, in buona sostanza, si passa dalla “conformità” del piano urbanistico rispetto a disposizioni contenute in altri piani di settore ovvero di un piano rispetto ad un altro, alla “compatibilità” di tutti gli interessi coinvolti dalle pianificazioni. La VAS, quindi, valuta la compatibilità di un piano *in fieri* e verifica che il bilanciamento degli interessi compiuto dal pianificatore sia coerente con una protezione ottimale dell’ambiente nelle sue sfaccettature effettuando un esame caso per caso[49]. Come evidenziato in dottrina, nella fase di formazione del piano, quindi, la VAS costituisce il principale se non unico strumento operativo di cui i Comuni dispongono per fissare, in corrispondenza ad una gerarchizzazione tra le plurime valenze del territorio, rigidi valori soglia rispetto alle potenzialità espansive dei piani e soprattutto rispetto al profilo cruciale del consumo del suolo che costituisce il principale tema di fondo nella stagione di passaggio verso piani meno inflattivi proprio in quanto atti a riflettere una piena consapevolezza delle valenze ambientali[50]. Ed ancora, la norma demanda alla VAS anche la verifica che l’attività di trasformazione avvenga nel rispetto dell’equa distribuzione dei vantaggi connessi all’attività economica. Invero, essa deve assicurare che l’attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, il che include un’analisi di fattibilità economica[51]; pertanto, essa non si sostanzia in una mera verifica di natura tecnica circa la astratta compatibilità ambientale del piano, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all’utilità socioeconomica, tenuto conto anche delle alternative possibili, vagliando quindi tutte le possibili interrelazioni che la scelta urbanistica può arrecare alla salute umana, al paesaggio, all’ambiente in genere, al traffico ed anche all’economia di tutto il territorio coinvolto.

A tal proposito – anche con riferimento al *decisum* pronuncia in commento – di particolare interesse è il caso dei piani attuativi (o comunque degli strumenti attuativi in genere) dello piano regolatore generale (o PGT): con riferimento ad essi e alla loro ricomprensione nell’ambito applicativo della valutazione ambientale *de qua*, non pochi elementi di giudizio depongono nel senso sfavorevole alla tesi ermeneutica della loro ricomprensione qualora si sia in presenza di particolari presupposti soggettivi e oggettivi in ragione dei quali è possibile l’assoggettabilità di detti piani alla verifica di sostenibilità ambientale[52]. Come evidenziato dai giudici di Palazzo Spada, infatti, la VAS, può ritenersi non necessaria solo qualora il piano attuativo sia sostanzialmente riproduttivo delle previsioni della pianificazione sovraordinata[53]. Sul punto, l’art. 16, ultimo comma, della l. n. 1150/1942 (aggiunto dall’art. 5, comma 8, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 12 luglio 2011, n.106) prevede espressamente che lo strumento attuativo di piani urbanistici già sottoposti a VAS non è sottoposto a valutazione ambientale strategica né a verifica di assoggettabilità qualora non comporti variante e lo strumento sovraordinato in sede di valutazione ambientale strategica definisca l’assetto localizzativo delle nuove previsioni e delle dotazioni territoriali, gli indici di edificabilità, gli usi ammessi e i contenuti planivolumetrici, tipologici e costruttivi degli interventi, dettando i limiti e le condizioni di sostenibilità ambientale delle trasformazioni previste. Nei casi in cui lo strumento attuativo di piani urbanistici comporti variante allo strumento sovraordinato, la valutazione ambientale strategica e la verifica di assoggettabilità sono comunque limitate agli aspetti che non sono stati oggetto di valutazione sui piani sovraordinati[54]. In sintesi, se è pur vero che le norme surrichiamate parlano genericamente e in generale di piani e programmi, senza includere i piani di tipo attuativo, non è possibile da ciò inferire che i piani di attuazione non rientrano nella categoria dei piani per i quali la VAS è obbligatoria e neppure tra i piani per i quali la procedura di che trattasi è esclusa *ex lege*. Nondimeno in base all’ordito normativo come

consegnato dal legislatore, non si può escludere che i piani attuativi possono essere sottoposti a VAS in presenza di particolari presupposti sia di tipo soggettivo sia di carattere oggettivo in ragione dei quali, appunto, è possibile l'assoggettabilità di detti piani alla verifica di sostenibilità ambientale. Ed infatti, le norme passate in rassegna (v. *amplius* §2) prevedono pur sempre che i piani e programmi che nel settore del governo del territorio e della gestione dei suoli possono avere un impatto significativo sull'ambiente e sul patrimonio culturale, vanno sottoposti a VAS: pertanto, con riferimento ai piani attuativi, occorre effettuare una verifica in concreto dell'assoggettabilità o meno a VAS, con riferimento a due imprescindibili elementi: a) l'espressa volizione dell'Amministrazione a voler sottoporre alla procedura di qua tale tipo di piano[55]; b) l'attitudine dal punto di vista oggettivo del piano ad incidere concretamente sui profili ambientali delle aree interessate[56].

3.2. (segue) sulla c.d. “opzione zero”

In merito alla possibilità che nel procedimento di VAS si consideri anche la c.d. “opzione zero”, pare doveroso premettere che la Direttiva 2001/42/CE prevede che, una volta individuati gli opportuni indicatori ambientali, debbano essere valutate e previste sia la situazione attuale (scenario di riferimento), sia la situazione ambientale derivante dall'applicazione del Piano in fase di predisposizione, sia le ragionevoli alternative alla luce degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma (art. 5, comma 1). Come evidenziato dai giudici amministrativi, il testo non dice cosa debba intendersi per “ragionevole alternativa” a un piano o a un programma. È evidente, dunque, che la prima considerazione necessaria per decidere in merito alle possibili alternative ragionevoli deve tenere conto degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma.

Non essendo chiarito se si intendano piani o programmi alternativi, o alternative diverse all'interno di un piano o di un programma, è plausibile accedere ad entrambe le ipotesi ermeneutiche[57]. A tal proposito, l'Allegato I alla Direttiva, alla lettera b), richiede espressamente che tra le indicazioni a corredo della VAS figurino la “evoluzione probabile [del contesto ambientale] senza l'attuazione del piano o del programma”. La relativa dicitura è stata mutuata alla lettera dal legislatore nazionale che l'ha trasposta nell'allegato VI alla Parte II del Codice, laddove vengono declinati i contenuti del rapporto ambientale di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 152/2006. Con riferimento alla VIA, l'art. 22, comma 3, lett. d), del Codice menziona espressamente, quale contenuto essenziale dello studio di impatto ambientale, la c.d. “alternativa zero”, con indicazioni delle ragioni principali alla base dell'opzione scelta, prendendo in considerazione gli impatti ambientali[58].

Al contrario, per la VAS la necessità di valutare anche l'opzione zero viene desunta dai riferimenti testuali richiamati, che in realtà richiedono di configurarsi preventivamente lo scenario conseguente alla mancanza non del piano *ex se*, ma della sua concreta attuazione. In buona sostanza, secondo i giudici di Palazzo Spada, “essa è intrinseca nella stessa scelta di programmazione, seppure in termini generali e astratti”. Alla luce di quanto sopra, va da sé che il concetto di opzione zero nella VAS non può identificarsi con la sostanziale pretesa di annullare la scelta urbanistica comunale, vanificando tutti gli atti pregressi, ciò in quanto il necessario sviluppo senza soluzione di continuità delle scelte di governo del territorio impone infatti a ciascuna di quelle sopravvenute di acquisire le risultanze (e gli impegni) rivenienti da quelle precedenti, attuandole, rivedendole, adattandole o innovandole, ma senza poterle certo completamente ignorare[59].

Va peraltro ricordato come l'attuazione in concreto delle idee racchiuse negli atti di programmazione urbanistica generale sia talvolta rimessa a provvedimenti dotati di maggiore specificità, ad iniziativa pubblica o privata. In tali ipotesi, le singole progettualità di cui essi si compongono si concretizzano solo se e quando si addivenga a detta pianificazione attuativa, che diviene la necessaria cinghia di trasmissione fra la generalità delle scelte e la loro concreta realizzazione[60]. La doverosa e auspicabile compenetrazione tra gli uni e gli altri, nell'ottica di una visione complessiva dello sviluppo del territorio, rende non solo legittima, ma addirittura opportuna la posticipazione della valutazione dell'impatto ambientale a tale seconda ed eventuale fase. Da un lato, cioè, anche per evitare ai privati investimenti inutili, si afferma una astratta compatibilità con le scelte di programmazione; dall'altro, si rinvia alla loro concezione concreta l'effettività della disamina, diversamente connotata da eccesso di genericità. Sul punto, non può tacersi peraltro del fatto che – alla stregua dei principi comunitari e nazionali, oltre che delle sue stesse peculiari finalità – la VIA non si sostanzia in una mera verifica di natura tecnica circa l'astratta compatibilità ambientale dell'opera, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socioeconomica, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla stessa "opzione zero". Orbene, se tali principi operano in materia di VIA (procedura che si riferisce a singoli intervenuti) essi sono *a fortiori* predicabili con riguardo alla VAS, che per sua stessa natura si colloca nel momento, anteriore, in cui l'Amministrazione è chiamata a compiere le scelte strategiche in tema di assetto del territorio, valutando comparativamente i costi e i benefici delle diverse alternative pianificatorie. Ne deriva che una valutazione che si limiti a riscontrare la compatibilità ambientale dei singoli ambiti di trasformazione e gli effetti migliorativi che si reputano attribuibili a ciascuna delle trasformazioni previste, individualmente considerate, senza valutare effettivamente il costo ambientale delle stesse, e senza ponderare effettivamente le alternative praticabili, appare *de facto* carente[61].

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, si evince come la VAS si ponga quale processo partecipativo, cooperativo ed incrementale, avente come obiettivo il continuo miglioramento della qualità e dell'efficacia del piano. Si tratta di un processo partecipativo in cui tutti i settori della P.A. aventi competenze e responsabilità dirette o indirette si confrontano e definiscono obiettivi, procedure e politiche[62]. La VAS, entro il procedimento di pianificazione urbanistica, funge quindi da asse attorno a cui si riallineano queste letture a scale diverse e costituisce la figura mediante la quale si afferma in concreto il primato della tutela del bene ambiente sulle esigenze fruibili e di trasformazione[63]. Detta valutazione ambientale, dunque, costituisce il principale strumento operativo di cui i Comuni dispongono per fissare, in corrispondenza ad una gerarchizzazione tra le plurime valenze del territorio, rigidi valori soglia rispetto alle potenzialità espansive dei piani e, soprattutto, rispetto al profilo cruciale del consumo di suolo, che costituisce il principale tema di fondo nella stagione di passaggio verso piani meno inflattivi "*proprio in quanto capaci di riflettere una piena consapevolezza delle valenze ambientali e paesaggistiche del territorio*"[64]. Per effetto della VAS, quindi, nessun piano può più omettere la considerazione o, quanto meno, sottovalutare tutti questi interessi, in senso ampio, ambientali. Sul punto, inoltre, non pare possa incidere il fatto che la VAS sia compiuta da un soggetto eventualmente esterno ovvero dalla stessa autorità che procede all'approvazione del piano; ed infatti "*l'intervento nella procedura di pianificazione di un soggetto*

chiamato a occuparsi specificamente degli interessi ambientali potrebbe costituire una garanzia per l'ipotesi (tutt'altro che remota) che questi interessi non fossero stati adeguatamente considerati, e, per così dire, adeguatamente introiettati, da parte del soggetto competente ad approvare il piano o il programma"[65], fermo restando il fatto che, ai sensi delle coordinate normative già richiamate, è prescritto uno stretto rapporto di collaborazione tra autorità procedente e autorità competente alla valutazione. Proprio l'insistenza delle norme sul significato collaborativo del rapporto che deve unire autorità preposta all'elaborazione del piano e autorità competente alla VAS sembrerebbe confermare l'esclusione della VAS quale mera verifica formale di rispetto di scelte ambientali altrove compiute, con conseguente responsabilizzazione di tutti i pianificatori, e quindi anche di quelli che si occupano di assetto urbanistico[66]. A tal proposito, le esigenze di coordinamento tra autorità e semplificazione procedimentale in materia di VAS – nonché di procedure maggiormente “co-decisorie”, all'interno delle quali confluiscono non già interessi antagonisti ma interessi che nell'ambiente trovino composizione – sono state recentemente, e nuovamente, affrontate proprio nell'ambito del PNRR (in specie, dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, il cui art. 28, per l'appunto, ha apportato diverse modifiche in materia di rapporto preliminare, consultazione del pubblico e monitoraggio ambientale). E tuttavia – ancora una volta – non può non evidenziarsi come il legislatore continui a preferire, nella materia ambientale, interventi atomistici di inserimento/eliminazione di singole (e a volte isolate) disposizioni, con una gravosa stratificazione di discipline che si avvicendano anche a distanza di breve tempo, vanificando, spesso, proprio quelle esigenze di coordinamento e semplificazione bramose di riforme organiche.

[1] La vicenda, in sintesi, trae origine dal ricorso (n. r. g. 1455/2009 e successivi motivi aggiunti) con cui l'Associazione Legambiente Onlus – e altri – impugnava innanzi al T.A.R. per la Lombardia, Milano, la delibera del Consiglio comunale di Lodi n. 34 del 14 marzo 2009, avente ad oggetto la ratifica del terzo “Accordo di programma per il completamento di strutture per l'Università di Milano e la realizzazione di un Polo per la ricerca e lo sviluppo tecnologico per la zootecnia e il settore agroalimentare di livello europeo”. Oggetto di rilievo, *ex aliis*, era la mancanza di VAS a corredo dell'Accordo di programma, che pure produce gli effetti di una variante urbanistica; secondo la ricorrente, poi, la valutazione che ha preceduto il PGT a sua volta, avendo recepito acriticamente le scelte precedenti, violava asseritamente le regole di cautela sottese all'istituto essendo priva di contenuti effettivi, come dimostrato dalla omessa considerazione della c.d. “opzione zero”. Essa, inoltre, era stata effettuata da un soggetto che, in quanto interno al medesimo Comune di Lodi, non godeva della necessaria autonomia decisionale che deve connotare la figura dell'“Autorità competente”, sicché la cornice normativa posta alla base della relativa scelta organizzativa avrebbe dovuto essere rimessa alla Corte di Giustizia UE per valutarne la conformità alla Direttiva 2001/42/CE ai sensi dell'art. 267 TFUE. Lo strumento urbanistico, infine, era da considerare inefficace per violazione del termine perentorio di 90 giorni prescritto per la sua approvazione all'esito dei rilievi della Provincia dall'art. 13 della l.r. n. 12 del 2005.

Il T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 20 ottobre 2014, n. 184 in *giustizia-amministrativa.it*, dichiarava, quindi, improcedibile il ricorso introduttivo della lite, essendo stato il contenuto dell'Accordo di programma superato da quello del nuovo Piano di governo del territorio nonché respingeva le ulteriori censure proposte con motivi aggiunti, ritenendo non provati gli eventuali profili di contrasto ambientale della VAS del PGT, effettuata prima della sua approvazione, sulla base del parere espresso dal responsabile di un settore comunale diverso

da quello preposto alla redazione della proposta, e ciò in conformità con la disciplina comunitaria in materia.

[2] Si veda S. Grassi, *Procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2017, Milano, 1522 ss.; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente, come sistema complesso, adattivo, comune*, 2007, Torino, 279 ss.; R. Rota, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, 2012, Padova, 216 ss.; E. Boscolo, *La VAS nel piano e la VAS del piano: modelli alternativi di fronte al giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, 1108 ss.

[3] Si veda Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4200, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 8, 2020 ss.; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 2858, in *giustizia-amministrativa.it*.

[4] Cfr. R. Dipace, A. Rallo, A. Scognamiglio (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della Valutazione di impatto ambientale*, 2018, Napoli; A. Barone, *Dopo la V.I.A.: la sicurezza "sostenibile" del d.lgs. n. 104/2017*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 5, 291 ss.; V. Parisio, *Associazioni ambientali e procedimento di valutazione dell'impatto ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, 1, 100 ss.

[5] Si vedano le modifiche apportate al d.lgs. n. 152 del 2006, già ampiamente novellato con d.lgs. n. 104 del 2017, di recepimento della Direttiva 2014/52/UE, dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella l. n. 120 del 2020, ispirate anche dall'esigenza di superare la procedura di infrazione n. 2019/2308, nonché, ancor più di recente, dal d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108 del 2021.

[6] In tema di VAS, *ex plurimis*, si veda F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Diritto dell'ambiente*, 2018, Bari, 403 ss.; G. Pagliari, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 3, 202 ss.; P. Stella Richter, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, 2014, Milano; E. Boscolo, *Il piano regolatore comunale*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice commentato di edilizia e urbanistica*, 2013, Torino, 189 ss.; A. Milone, *La valutazione ambientale strategica a seguito del d.lgs. n. 128/2010*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 2, 104 ss.; E. Boscolo, *La valutazione ambientale strategica di piani e programmi*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 3, 222 ss.; L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, 2005, Milano.

[7] In tale ambito, prosegue l'art. 4 del Codice, la valutazione ambientale di piani e programmi che possono avere un impatto significativo sull'ambiente "ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di detti piani e programmi assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile".

[8] A titolo esemplificativo, la giurisprudenza ha rilevato come il Piano di zonizzazione acustica costituisce un piano avente efficacia precettiva e prevalente sulla strumentazione urbanistica comunale, in tutto e per tutto suscettibile in quegli atti e provvedimenti di pianificazione e di programmazione comunque denominati elaborati e/o adottati da un'autorità a livello nazionale, regionale o locale oppure predisposti da un'autorità per essere approvati, mediante una procedura legislativa, amministrativa o negoziale e previsti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, per i quali il Codice prevede il previo svolgimento della VAS (Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1278, in *Foro amm.*, 2015, 3, 726 ss.).

[9] In tale ambito, l'attività programmatica della P.A., esplicandosi nel *quomodo*, ovvero nell'indicare le modalità di come procedervi per le finalità di cui sopra e non nel realizzarle direttamente, si presenta eventuale nell'*an*, non cogente, non obbligatoria, facoltativa (cfr. A. Gratani, *La VAS travolge il PRG e le sue modifiche*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 6, 737 ss.; C. Viviani, *Piani e programmi ricompresi nell'ambito di applicazione della direttiva 2001/42/ce in materia di VAS. L'interpretazione della corte di giustizia*, in *Amb. e svil.*, 2020, 10, 807 ss.; A. Rallo, *Contributo allo studio della comunicazione dell'atto amministrativo: profili strutturali e valori procedurali*, 2008, Napoli).

[10] Secondo la CGUE, in considerazione della finalità della direttiva in esame, consistente nel garantire un livello elevato di protezione dell'ambiente, le disposizioni che delimitano il suo ambito di applicazione e, in particolar modo, quelle che enunciano le definizioni degli atti ivi previsti devono essere interpretate in senso ampio (CGUE, sez. II, 7 giugno 2018, causa C-671/15, in *Foro amm.*, 2018, 6, 937 ss., che richiama anche la sentenza 27 ottobre 2016, C-290/15, punto 40 e giurisprudenza ivi citata). L'obiettivo principale perseguito consiste nel sottoporre a valutazione ambientale i "piani e programmi" che possono avere effetti significativi sull'ambiente durante la loro elaborazione e prima della loro adozione (in tal senso, sentenza del 28 febbraio 2012, C-41/11, in *Foro amm.*, 2012, 3, 344 ss., punto 35 e giurisprudenza ivi citata).

Ai sensi della giurisprudenza comunitaria sopra richiamata, ai fini dell'obbligo di sottoposizione alla VAS, la nozione di "piani e programmi" si riferisce a qualsiasi atto che, definendo norme e procedure di controllo applicabili al settore interessato, fissi un insieme significativo di criteri e di modalità per l'autorizzazione e l'attuazione di uno o più progetti idonei ad avere un impatto notevole sull'ambiente e, pertanto, pure vi rientra un regolamento urbanistico regionale, che contiene determinate prescrizioni per l'esecuzione di progetti urbanistici, quali prescrizioni relative al riassetto di aree adiacenti agli immobili e altri spazi liberi, zone di passaggio, cortili e giardini, alle recinzioni, all'allacciamento degli edifici alle reti e alla fognatura, alla raccolta delle acque piovane e alle diverse caratteristiche delle costruzioni.

[11] In materia di commercio, la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. IV, 06 maggio 2013, n. 2446, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 5, 1278 ss.) ha evidenziato come la previsione dell'obbligo di VAS per la costruzione di centri commerciali di cui al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 deve comprendere anche i casi di adibizione a centro commerciale di una struttura esistente, in relazione alle problematiche di natura ambientale e/o di carico urbanistico che detta tipologia di immobili comportano; ciò anche con riferimento alle ipotesi di "centro commerciale naturale" (aggregazione spontanea di esercizi commerciali). Sotto diversa prospettiva, non si può comunque sostenere che qualsiasi incremento di carico urbanistico determini la necessità di sottoporre il piano a VAS, ma solo se esso determina un significativo impatto sull'ambiente (v. T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 07 dicembre 2020, n. 737, in *giustizia-amministrativa.it*).

[12] Per quanto riguarda il significato dell'espressione "quadro di riferimento per l'approvazione, l'autorizzazione, l'area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti elencati negli allegati II, III e IV del presente decreto", secondo l'interpretazione invalsa in sede europea, non è richiesto che "determinati progetti costituiscano esplicitamente o implicitamente oggetto del piano o del programma", essendo all'uopo sufficiente che vengano assunte "decisioni che possono influire sulla successiva autorizzazione di progetti, specialmente con riguardo all'ubicazione, alla natura, alle dimensioni e alle condizioni operative o attraverso la ripartizione delle risorse" (così ad esempio il punto 67 delle Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 4 marzo 2010, nelle cause riunite C-105/09 e C-110/09). In tal senso è peraltro esplicito l'art. 6 del Codice, per il quale è sufficiente che il piano contenga una disciplina idonea a regolare anche solo la futura "area di localizzazione" di uno di tali interventi. Questo è ad esempio il caso del piano regolatore generale che, secondo la legge urbanistica fondamentale nazionale, "deve considerare la totalità del territorio comunale" (art. 7, comma 1, l. n. 1150 del 1942).

[13] Con riferimento alla nozione di "piccole aree a livello locale", la CGUE, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 3 della direttiva 2001/42, con la sentenza, sez. III, n. 444/2016, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 1, 234 ss., ha affermato che detta nozione "deve riferirsi alla superficie interessata, a condizione che il piano o il programma sia elaborato o adottato da un'autorità locale, e non da un'autorità regionale o nazionale, e che tale area costituisca, all'interno dell'ambito territoriale di competenza dell'autorità locale, e proporzionalmente a detto ambito territoriale, un'estensione minima" (si veda, sul punto, anche Cons. Stato, sez. II, 16 dicembre 2019, n. 1234, in *giustizia-amministrativa.it*).

[14] Si tratta delle disposizioni relative alla c.d. "verifica di assoggettabilità" a VAS.

[15] L'art. 6 cit. specifica, al comma 4, che sono comunque esclusi dal campo di applicazione del Codice (e della VAS): a) i piani e i programmi destinati esclusivamente a scopi di difesa nazionale caratterizzati da somma urgenza o ricadenti nella disciplina di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni; b) i piani e i programmi finanziari o di bilancio; c) i piani di protezione civile in caso di pericolo per l'incolumità pubblica; c-bis) i piani di gestione forestale o strumenti equivalenti, riferiti ad un ambito aziendale o sovra-aziendale di livello locale, redatti secondo i criteri della gestione forestale sostenibile e approvati dalle regioni o dagli organismi dalle stesse individuati; c-ter) i piani, i programmi e i provvedimenti di difesa fitosanitaria adottati dal Servizio fitosanitario nazionale che danno applicazione a misure fitosanitarie di emergenza.

[16] Detta disposizione, secondo la giurisprudenza amministrativa, deve interpretarsi nel senso che "quando la modifica al Piano, derivante dal progetto, sia di carattere esclusivamente localizzativo, la VIA è sufficiente a garantire il principio di sviluppo sostenibile, non essendo necessaria una preliminare fase strategica che evidenzii altre opzioni localizzative. Logico corollario è che qualora la localizzazione proposta dovesse essere, secondo la VIA, pregiudizievole per l'ambiente nonostante ogni cautela, il progetto andrà incontro ad una mera inibizione" (Cons. Stato, sez. II, 20 maggio 2014, n. 2569, in *Foro Amm.*, 2014, 5, 1418 ss.). La Sezione ha anche chiarito che tale soluzione normativa "avendo principalmente ad oggetto il progetto (e non il Piano da variare), è caratterizzata da un approccio 'non' preventivo, ossia non finalizzato alla ricerca di opzioni localizzative alternative (com'è tipico dell'approccio concomitante e collaborativo della VAS), ma focalizzato esclusivamente alla valutazione dell'impatto ai fini di un'alternativa sì/no". In sintesi, detta previsione ha ragion d'essere solo "laddove il singolo progetto importi varianti relative alla sola ubicazione dell'impianto potenzialmente pregiudizievole per l'ambiente nell'ambito territoriale considerato dallo strumento pianificatorio di settore", non essendo, per contro, "consentito apportare alla pianificazione settoriale alcuna modifica della destinazione di un sito in esso compreso, attraverso il rilascio in sede di esame di singoli progetti di autorizzazioni concernenti attività antropiche estranee al novero di quelle considerate nella prodromica attività di pianificazione". In sostanza, modifiche alla pianificazione attraverso scelte progettuali non prefigurate dalla prima possono essere legittimate dalla VIA, senza la necessità di rinnovare quella ambientale strategica, solo se dette modifiche abbiano carattere "esclusivamente localizzativo" mentre, per contro, non è consentito apportare alla pianificazione settoriale alcuna modifica della destinazione di un sito in esso compreso, attraverso il rilascio in sede di esame di singoli progetti di autorizzazioni concernenti attività antropiche estranee al novero di quelle considerate nella prodromica attività di pianificazione (si veda, sul punto, Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1164, in *Foro Amm.*, 2020, 2, 247 ss.).

[17] Ciò in ossequio all'art.3 *quinquies* del Codice, non a caso rubricato “principio di sussidiarietà e di leale collaborazione”.

[18] Secondo CGUE, 22 marzo 2012, C-567/10, in *federalismi.it*, la VAS trova applicazione anche in caso di modifica o abrogazione, totale o parziale, dello strumento di pianificazione. Ciò in quanto anche il venir meno dell'efficacia, integrale o parziale, della strumentazione di pianificazione in essere o una sua modifica, può comportare la genesi o l'aumento degli effetti significativi sull'ambiente. Di conseguenza, una nuova VAS deve essere immediatamente apprestata prima di procedere a deliberare le varianti della pianificazione in essere.

[19] Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (v., da ultimo, Cons. Stato, sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152, in *giustizia-amministrativa.it*), la delega *de qua* non può non risolversi, al pari del resto di quanto avviene con riferimento alla tutela del vincolo paesaggistico, ove egualmente demandata a tali Amministrazioni, nella concentrazione delle attività istruttorie e di quelle valutative nel medesimo contesto organizzativo, sicché le relative scelte “*devono farsi carico di garantire una reale separazione e autonomia di giudizio tra le articolazioni interne indicate come competenti in concreto*”. Non a caso, nel medesimo Rapporto ministeriale, si evidenzia anche come la frammentazione dei procedimenti conseguita a tali deleghe si sia risolta in un onere aggiuntivo per le Regioni, chiamate a monitorare i procedimenti attivati sul territorio, garantendo la necessaria unitarietà della *governance*. Essa ha altresì fatto emergere intuibili problematiche di compatibilità della possibilità di sostenere in modo efficace la valutazione e il monitoraggio ambientale di strumenti di pianificazione territoriale caratterizzati da quadri ambientali complessi o destinatari di particolari misure di tutela e salvaguardia, con la capacità tecnica ed economica dei comuni demograficamente più piccoli. Per contro, l'analisi della giurisprudenza amministrativa, costituzionale e comunitaria, nonché dei contenuti delle procedure di infrazione semplicemente avviate, ha portato ad escludere qualsivoglia incompatibilità con la richiamata cornice ordinamentale della normativa nazionale in ordine ai soggetti a vario titolo coinvolti nel procedimento (si veda, in dettaglio, i contenuti del paragrafo 2.2 del Rapporto in esame, rubricato “*Rispetto della normativa comunitaria e nazionale*”).

[20] C. Zoppi, F. Isola, C. Pira, *Valutazione ambientale strategica e programmazione dello sviluppo urbano come attuazione della pianificazione strategica dei comuni della Sardegna*, in *Rass. it. di val.*, 2013, 2, 234 ss. Gli autori, in particolare, rilevano come la VAS sia “*intrinsecamente legata al paradigma della sostenibilità, in quanto si pone come piano della sostenibilità, rappresentato dagli obiettivi della tutela dell'ambiente, che diventa momento e parte del processo di piano*”. Essa, quindi, si configura come una sorta di “*coscienza critica fondata sulla sostenibilità delle azioni di piano, che si esplicita in una parte del sistema degli obiettivi del piano*”.

[21] Si veda E. Boscolo, *Le regole dell'urbanistica in Lombardia*, 2006, Milano, 114 ss.; P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, 2007, Torino, 172 ss.

[22] Precisamente, in tali indirizzi, il legislatore regionale ha precisato che la normativa in materia di VAS ha comportato un significativo cambiamento nel modo di elaborare i piani ed i programmi, in quanto si rende ora necessario “*accompagnare i P/P – i.e. piani e i programmi – in tutta la sua vita utile ed oltre attraverso un'azione di monitoraggio*”, di talché la “*VAS va intesa come un processo continuo, che si estende lungo tutto il ciclo vitale del P/P*”. Detti indirizzi generali, poi, dispongono la VIA per tutti i P/P elaborati per i settori “*della pianificazione territoriale o della destinazione dei suoli*” (art. 4, comma 2), i quali poi vengono indicati in un elenco “*meramente compilativo e non esaustivo*” (art. 4, comma 3), disponendo che “*l'integrazione della dimensione ambientale nei P/P deve essere effettiva, a partire dalla fase di impostazione fino alla sua attuazione e revisione, sviluppandosi durante tutte le fasi principali del ciclo di vita del P/P*”. Ancora, viene specificato che “*il filo che collega le analisi/elaborazioni del P/P e le operazioni di VAS appropriate per ciascuna fase rappresenta la dialettica tra i due processi e la stretta integrazione necessaria all'orientamento verso la sostenibilità ambientale*” (art. 5, comma 2). Infine, è stabilito che nella fase di attuazione di gestione debba essere prevista anche la valutazione dei possibili effetti ambientali delle varianti di P/P, sicché la gestione del P/P può essere considerata come “*una successione di procedure di screening delle eventuali modificazioni parziali del P/P, a seguito delle quali decidere se accompagnare o meno l'elaborazione delle varianti con il processo di VAS*” (art. 5, comma 19).

[23] Sul punto, giova evidenziare che l'immediata precettività delle disposizioni in materia contenute nella fonte primaria è già stata affermata in via pretoria (*ex alius*. v. Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2019, n. 2698 in *giustizia-amministrativa.it*), ove si è rilevato come l'art. 7 del d.lgs. n. 152 del 2006 (nella versione antecedente alla riforma introdotta con il d.lgs. n. 4/2008) “*sottoponeva a VAS i piani e i programmi della pianificazione territoriale anche se non soggetti a VIA, solo se possono avere effetti significativi sull'ambiente; pertanto l'autorità competente all'approvazione del piano o del programma deve preliminarmente verificare se lo specifico piano o programma oggetto di approvazione possa avere effetti significativi sull'ambiente secondo i criteri di cui all'Allegato II alla parte seconda del presente decreto (i.e. il Codice)*”.

[24] Per un'accorta e sintetica analisi della normativa regionale, si rinvia a S.R. Masera, *La VAS del piano attuativo conforme allo strumento urbanistico generale*, in *Urb. e app.*, 2013, 5, 560 ss.

[25] Si segnala che il Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento, ha rilevato come tale indicazione sarebbe già di per sé sufficiente a sconsigliare le tesi volte ad escludere il PGT dalla valutazione ambientale in esame. Ed infatti, ai sensi dell'art. 7 della l.r. cit., il Piano di governo del territorio è articolato in un “Documento di Piano”, un “Piano dei servizi” e un “Piano delle Regole”: “*è evidente quindi che, anche dando rilievo alla formulazione letterale della norma, la previsione della sottoposizione a VAS del Documento di Piano, in combinato disposto con la definizione dello stesso quale componente essenziale dello strumento, ne implica il vaglio in*

termini di compatibilità ambientale”. I giudici di Palazzo Spada hanno, inoltre, rilevato come l’elencazione di cui al citato comma 2 dell’art. 4 abbia portata solo “esemplificativa”, funzionale cioè all’obiettivo di scongiurare, con specifico riferimento agli atti programmati espressamente menzionati, letture restrittive della previsione generale contenuta nel comma 1 dell’art. 4 sopra citato, laddove si richiamano genericamente e in maniera onnicomprensiva (tutti) i piani e programmi di cui alla direttiva 2001/42/CEE.

[26] In dottrina, si veda V. Parisio, E. Boscolo, *La Lombardia: innovazioni in attesa della riforma*, in E. Ferrari, P. Portaluri, E. Sticchi Damiani (a cura di), *Poteri regionali ed urbanistica comunale*, 2005, Milano, 179 ss.

[27] Peralto, nei casi in cui lo strumento attuativo del piano di governo del territorio (PGT) comporti variante, la VAS e la verifica di assoggettabilità sono comunque limitate agli aspetti che non sono già stati oggetto di valutazione (così il comma 2 ter dell’art. 4 della l. r. n. 12/2005).

[28] La giurisprudenza amministrativa lombarda, sul punto, ha osservato che la finalità della VAS è quella di considerare l’impatto sull’ambiente di piani e programmi, per cui l’obbligo di ripetere la VAS può ragionevolmente prospettarsi solo a fronte di modificazioni, apportate allo strumento adottato, tali da determinare un maggior impatto sull’ambiente delle scelte di piano, mentre nessuna necessità di reiterare la procedura valutativa può ravvisarsi laddove, in sede di approvazione, si introducano misure finalizzate a incrementare le misure di tutela ambientale previste nel piano (così T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 04 ottobre 2016, n. 1803, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 08 ottobre 2018, n. 2228, in *Foro amm.*, 2018, 10, 1712 ss.).

[29] L’art. 13, comma 5, della l.r. 12/2005 prevede, infatti, che l’approvazione dello strumento urbanistico comunale (PGT) debba essere preceduta dalla sottoposizione del “Documento di Piano” (cfr. art. 13, comma 5) all’esame della Provincia per il vaglio di compatibilità con il PTCP.

[30] Il riferimento è alla l. n. 1150 del 17 agosto 1942.

[31] Sul punto, si veda Cons. Stato, sez. II, 15 ottobre 2020, n. 6263 in *Riv. giur. ed.*, 2020, 6, 1604 ss., ove si chiarisce che la funzione urbanistica appartiene al Comune, per cui è da escludersi alcun effetto automatico delle modifiche dei piani. In particolare, nella fattispecie ivi descritta, i Comuni, dunque, “sono sì tenuti a adeguarsi alle disposizioni contenute nel piano regolatore del consorzio a.s.i., ma, qualora ciò non avvenga, va escluso ogni effetto automatico di conformazione dell’uso del territorio, potendo i consorzi a.s.i. reagire unicamente con gli ordinari strumenti giurisdizionali avverso il loro inadempimento. Pertanto, in assenza di recepimento delle prescrizioni dei piani regolatori dei consorzi a.s.i. nell’ambito dei piani regolatori comunali successivamente adottati, dette prescrizioni non sono rilevanti come parametro di legittimità di atti amministrativi” (si veda anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 01 dicembre 2010, n. 26452, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 12, 3953 ss.).

[32] Da ultimo, specificamente in tema, Corte cost., 16 luglio 2019, n. 179 in *Foro Amm.*, 2020, 10, 1818 ss., richiamata da Cons. Stato, sez. II, 20 ottobre 2020, n. 6330 in *giustizia-amministrativa.it*, ove si chiarisce che nel sistema delle fonti pluralistico che governa l’attuale ordinamento, con specifico riguardo al rapporto sussistente fra la funzione di pianificazione urbanistica ed edilizia, di cui è titolare il Comune, e le norme regionali, “è improprio assumere a parametro di riscontro il principio di gerarchia, e ciò in quanto la risoluzione degli ipotetici contrasti fra le diverse fonti normative riposa in apicibus sul principio di competenza, costituente il portato giuridico del principio di sussidiarietà verticale sancito nell’art. 118 Cost.”.

[33] Come evidenziato da Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 133, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 4, 940 ss., l’autorità competente alla VAS non deve essere necessariamente individuata in una pubblica amministrazione diversa da quella avente qualità di “autorità procedente”. Tale conclusione “appare confortata dalle modifiche apportate al Codice dal d.lgs. 29 giugno 2010, n. 128, laddove già a livello definitorio si distingue tra il ‘parere motivato’ che conclude la fase di VAS e il ‘provvedimento’ di VIA: a conferma che solo nel secondo caso, e non nel primo, si è in presenza di una sequenza procedimentale logicamente e ontologicamente autonoma”.

[34] Come evidenziato in dottrina, (E. Boscolo, *op. cit.*) la norma statale prevede una sorta di sessione preliminare dedicata all’affinamento metodologico (si potrebbe parlare di “metavalutazione”) da svolgersi in contraddittorio tra l’amministrazione proponente e l’autorità preposta alla VAS, nella quale si assumeranno le misure necessarie a garantire un percorso integrato del procedimento di piano e della procedura di VAS e si fisseranno (in termini stipulativi) le coordinate operative (criteri, indicatori, calendario della partecipazione, etc.). Nella prassi, l’avvio effettivo della VAS viene tuttavia ordinariamente a coincidere con tale prima “conferenza di verifica” tra amministrazione procedente e autorità competente circa le impostazioni meramente metodologiche del redigendo rapporto ambientale.

[35] La VAS – come processo endogeno e partecipato/inclusivo – si caratterizza proprio per un continuo *feedback* sulle politiche di piano, in cui tutti i soggetti coinvolti migliorano la propria conoscenza dei fenomeni territoriali, che il piano si propone di interpretare ed orientare, e la propria attitudine cooperativa nel rapportarsi reciprocamente (cfr. S. Lai, C. Zoppi, *Un’ontologia dei processi di valutazione ambientale strategica per i piani urbanistici*, in *Italian Journal of Regional Science*, 2012, 1, 131 ss.).

[36] La conformità di tale lettura alla *ratio* ispiratrice della retrostante disciplina comunitaria è già stata affermata in giurisprudenza: *ex plurimis*, si veda Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 133 in *Riv. giur. amb.*, 2011, 3, 530 ss., ove si chiarisce che poiché la VAS non è configurata come un procedimento o un subprocedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione è legittima e anzi quasi fisiologica l'evenienza che l'autorità competente alla VAS sia identificata in un organo o ufficio interno alla stessa autorità procedente.

[37] Né soccorrerebbe a diversa lettura l'art. 97 della Costituzione, ovvero, la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa dello stesso (art. 117, lett. g). Il principio di separazione tra politica e gestione, infatti, “*costituisce il cardine dell'ordinamento dirigenziale e non può essere messo in discussione dalla valenza necessariamente politica nel senso etimologico del termine delle scelte di governo del territorio. Eventuali condizionamenti capaci di incidere sulla legittimità delle scelte tecniche attengono alla patologia dei rapporti interistituzionali, di certo non alla loro fisiologica e regolare dialettica*”.

[38] Pare opportuno evidenziare, sinteticamente, che la differenza sostanziale fra VAS e VIA risiede nel fatto che la prima prende in esame l'incidenza che i piani e i programmi urbanistici, paesaggistici, etc., possono avere su un'area vasta. Questo perché un PRG o uno qualsiasi degli altri piani e programmi indicati dall'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 152 del 2006 implicano un potenziale stravolgimento dell'intero territorio al quale il piano o programma si riferisce. La VAS analizza quindi tutte le possibili interrelazioni che simili decisioni possono arrecare alla salute umana, al paesaggio, all'ambiente in genere, al traffico, all'economia, etc. di tutto il territorio coinvolto dal piano. La VIA, al contrario, analizza l'impatto ambientale del singolo progetto, il che vuol dire che essa prende in esame impatti inevitabilmente più circoscritti – perché il progetto riguarda una porzione del territorio in ogni caso più ridotta rispetto a quella investita dal piano – ma maggiormente valutabili perché il progetto, rispetto al piano, si basa su dati concreti, necessariamente definiti e più attuali rispetto a quelli avuti presenti in sede di redazione del piano e quindi di effettuazione della VAS (sul punto, sia consentito il rinvio a G. Delle Cave, *Le politiche pubbliche ambientali. Strumenti, diritto, prospettive*, 2015, Roma). In estrema sintesi, dunque, la VIA interviene sull'attività a valle della pianificazione, cioè rispetto ai provvedimenti amministrativi di assenso necessari per realizzare il singolo progetto, rispetto ai quali l'attività pianificatoria costituisce un presupposto. Al contrario della VIA, la VAS viene in considerazione allorché l'intervento che deve essere valutato chiama in causa i poteri pianificatori e programmatori della parte pubblica. In giurisprudenza, si veda C.G.A.R.S., 31 dicembre 2020, n. 1217 nonché T.A.R. Marche, sez. I, 06 marzo 2014, n. 291, entrambe in *giustizia-amministrativa.it*.

[39] Si veda l'art. 50, comma 1, lett. c), punto 3, del d.l. n. 76 del 2020, che ha modificato sul punto l'art. 7 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 152/2006.

[40] Secondo i giudici amministrativi, “*ciò è talmente vero che nel prendere atto dell'avvenuto trasferimento di molte competenze in materia di VAS statale al neo istituito Ministero della transizione ecologica si è altresì previsto che la valutazione dell'impatto ambientale venga rilasciata dall'Autorità competente nell'ambito del procedimento autorizzatorio*”. Del resto, come riportato dalla relazione illustrativa del d.l. n. 77 del 2021, “*si tratta di una importante semplificazione, tenuto conto che con l'istituzione del Ministero della transizione ecologica ai sensi dell'articolo 2 del decreto legge n. 22 del 2021, convertito con modificazioni, dalla legge n. 55 del 2021, le competenze in materia di autorizzazione di numerosi impianti sono state trasferite dal Ministero dello sviluppo economico al Ministero della transizione ecologica, di talché in questi casi la procedura autorizzativa e quella di valutazione di impatto ambientale, pur se esercitate da distinte Direzioni generali, fanno capo al medesimo Ministero*”.

[41] Come evidenziato in giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 08 settembre 2015, n. 4194, in *giustizia-amministrativa.it*) i presupposti che rendono necessaria la VAS sono esclusivamente oggettivi e riposano semplicemente nel ricadere o meno di un certo progetto fra le tipologie per le quali la normativa contenuta nel d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 o nelle leggi regionali contempla la verifica d'impatto ambientale, potendo differenziarsi soltanto fra le ipotesi in cui tale verifica è obbligatoria “*ex lege*” e quelle in cui è meramente facoltativa, imponendo il legislatore soltanto una preliminare verifica di assoggettabilità (c.d. *screening*) intesa appunto ad accertare se l'intervento debba o meno essere assoggettato alla verifica ambientale.

[42] V.C. Videtta, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'ambiente come motore della trasformazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 2, 393 ss.; F. Cangelli, *Piani strategici e piani urbanistici. Modelli di governo del territorio a confronto*, 2012, Torino.

[43] Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6438, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui la procedura di VAS, quale passaggio endoprocedimentale, non deve avvenire al momento dell'adozione del piano o programma, ma dovrà essere esperita prima del varo finale dello stesso, consistente, per l'appunto, nell'approvazione, affinché la verifica dell'incidenza delle scelte urbanistiche sugli aspetti di vivibilità ambientale del territorio avvenga nel momento in cui tali scelte stiano per divenire definitive. In termini, Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2017, n. 4471, in *Foro amm.*, 2017, 9, 1822 ss. In dottrina, si veda F. Fracchia, F. Mattasoglio, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di VIA e VAS alla luce del D.Lgs. n. 152/2006*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 3, 121 ss.; G. Manfredi, *VIA e VAS nel codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 3, 63 ss.

[44] R. Boscolo, *VAS e VIA: limiti e potenzialità degli strumenti applicativi del principio di precauzione*, in *Urb. e app.*, 2008, 5, 541 ss.; S. Amoroso, *La valutazione ambientale strategica dei piani territoriali ed urbanistici e il silenzio assenso di cui al nuovo art. 17 bis l. n. 241/1990*, in *Urb. e app.*, 2015, 12, 1245 ss.

[45] S. Amorosino, *op. cit.*

[46] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 giugno 2016, n. 2921, in *giustizia-amministrativa.it*.

[47] A tal proposito, giova evidenziare come – anche sulla scorta della giurisprudenza amministrativa – l'art. 11 del Codice costruisce la VAS non già come un procedimento o sub-procedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione, ma come un passaggio endoprocedimentale di esso, concretantesi nell'espressione di un "parere" che riflette la verifica di sostenibilità ambientale della pianificazione medesima sicché, stante la sua natura endoprocedimentale, il relativo provvedimento non è immediatamente ed autonomamente impugnabile, prima della definizione del procedimento pianificatorio (*ex alius*, T.A.R. Liguria, sez. I, 21 novembre 2013, n. 1404, in *Foro amm.- T.A.R.*, 2013, 11, 3335 ss.).

[48] T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 26 febbraio 2014, n. 359, in *Foro amm.*, 2014, 2, 598 ss. In termini, Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4926, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2012, 9, 2289 ss.

[49] Sul punto, si rinvia a R. Leonardi, *La valutazione ambientale strategica (VAS) e i piani urbanistici di dettaglio (PUD): quella linea sottile tra conformità e compatibilità. A proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 118/2019*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 4, 888 ss.

[50] In particolare, F. Mattassoglio, *I costi ambientali del costruire: VIA, VAS e AIA*, in E. Boscolo, M.A. Cabiddu (a cura di), *Il governo del territorio*, 2020, Torino, 254 ss.; P. Lombardi, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, 2012, Milano; G. Cartei, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 3, 1261 ss.

[51] Si veda T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 dicembre 2012, n. 5256, in *Foro amm.- T.A.R.*, 2012, 12, 3980 ss., ove si evidenzia che "lo scopo della VAS consiste nella verifica degli impatti derivanti sull'ambiente naturale da strumenti urbanistici generali; in particolare, l'aggettivo 'strategica' evidenzia l'aspetto caratterizzante dell'istituto, costituito dalla significativa anticipazione della valutazione delle possibili conseguenze ambientali negative dell'azione amministrativa conseguenti alla progettazione e adozione di piani e dei programmi [...]. Tale valutazione ha quindi la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di piani e programmi, assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile". In termini, T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 28 dicembre 2016, n. 1874, in *giustizia-amministrativa.it*;

[52] Cons. Stato, sez. IV, 31 novembre 2012, n. 5715, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 6, 1472 ss., ove si evidenzia che, ai sensi dell'art. 4 e ss. d.lgs. n. 152/2006, devono essere sottoposti a VAS i piani e programmi che possano avere un impatto significativo sull'ambiente e sul patrimonio culturale; non è allora escluso che anche i piani attuativi possano essere sottoposti a VAS in presenza di particolari presupposti da verificarsi in concreto, quali l'espressa volontà della P.A. a sottoporre a detta procedura tale tipo di piano e all'attitudine del piano stesso a incidere sui profili ambientali delle aree interessate.

[53] *Ex multis*, si veda Cons. Stato, sez. IV, 07 agosto 2020, n. 4974, in *giustizia-amministrativa.it*.

[54] La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, mentre il piano attuativo in variante è sicuramente sottoposto a VAS, non sussiste un obbligo analogo per il piano attuativo conforme al piano generale, ove quest'ultimo sia stato sottoposto a VAS. Se ne inferisce che, nei casi in cui il piano attuativo è conforme al piano sovraordinato ma quest'ultimo non è stato sottoposto a VAS, la valutazione in ordine all'assoggettamento o meno a valutazione ambientale strategica dovrà essere effettuata in concreto, tenendo conto del contenuto del piano e del suo ambito di incidenza (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 9 maggio 2013, n. 1203, in *giustizia-amministrativa.it*).

[55] Sul punto non può non evidenziarsi che se, da un lato, la possibilità della P.A. di porsi limiti nell'esercizio del potere (amministrativo) ulteriori rispetto a quelli già previsti *ex lege* è vista con favore, nel caso delle valutazioni ambientali l'esigenza di incrementare i profili di tutela ambientali (tramite vincoli ulteriori rispetto a quelli già previsti dalla legge) deve confrontarsi con esigenze altrettanto importanti, ad esempio connesse con la semplificazione procedimentale (cfr. M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 3, 37 ss.).

[56] Cons. Stato, sez. IV, 13 novembre 2012, n. 5715 cit.

[57] In tal senso, del resto, si è espressa anche la Direzione generale dell'Ambiente della Commissione europea in un documento esplicativo destinato ad aiutare gli Stati membri, gli Stati candidati e i Paesi in via di adesione a capire pienamente gli obblighi contenuti nella direttiva e ad assisterli nel recepimento nel diritto nazionale e, altrettanto importante, a creare o a migliorare le procedure che daranno effetto agli obblighi giuridici. Con specifico riferimento ai piani per la destinazione dei suoli o di quelli per la pianificazione territoriale si è altresì chiarito che "le alternative ovvie sono usi diversi di aree designate ad attività o scopi specifici, nonché aree alternative per tali attività".

[58] Ciò ha comportato che ne è stata ritenuta essenziale la presenza ai fini della correttezza e completezza dell'istruttoria, dovendo la complessiva e approfondita analisi comparativa di tutti gli elementi incidenti sull'ambiente del progetto unitariamente considerato essere effettuata proprio "alla luce delle alternative possibili e dei riflessi della stessa c.d. opzione-zero", onde ponderare il sacrificio imposto all'ambiente rispetto all'utilità socioeconomica perseguita (sul punto, Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1225 in *giustizia-amministrativa.it*).

[59] Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 17 giugno 2021, n. 1489, in *giustizia-amministrativa.it*, ove, in relazione ad un'opera viaria già prevista non in via meramente indicativa, si legge che "la presenza della progettata arteria stradale avrebbe dovuto essere presa in considerazione in ogni caso nell'ambito della VAS. Si tratta, infatti, indubbiamente di un elemento che, anche laddove già previsto da un precedente atto pianificatorio, presenta di per sé un rilevante impatto sull'assetto urbanistico comunale ed è quindi necessariamente chiamato a comporre - se non altro - il quadro dei dati conoscitivi rilevanti ai fini dello svolgimento della VAS". In buona sostanza, la VAS non è infatti volta a ponderare, atomisticamente, le singole trasformazioni introdotte dal nuovo piano, prevedendo eventuali mitigazioni ad esse soltanto relative. Al contrario, essa è "specificamente finalizzata a fornire al pianificatore tutti gli elementi necessari per valutare le complessive ricadute ambientali dell'insieme delle scelte operate nel contesto territoriale esistente". Ne deriva che "la circostanza stessa che la VAS non faccia menzione di un'importante infrastruttura viaria, destinata a lambire l'abitato e ad attraversare un ambito attualmente agricolo, costituisce di per sé indice di carenza della relativa istruttoria". E infatti, anche laddove la scelta di realizzare la strada sia riconducibile a un precedente strumento urbanistico, l'omessa considerazione delle sue previste ricadute ambientali non potrebbe consentire al soggetto pianificatore di tenere conto dell'impatto dell'arteria stradale *de qua* al fine di effettuare le ulteriori scelte specificamente riferibili al nuovo piano.

[60] Sul punto, si evidenzia che non è necessaria la VAS laddove il singolo progetto, assentito in sede di VIA, importi varianti relative alla sola ubicazione dell'impianto potenzialmente pregiudizievole per l'ambiente nell'ambito territoriale considerato dallo strumento pianificatorio di settore. Non è per contro consentito apportare alla pianificazione settoriale alcuna modifica della destinazione di un sito in esso compreso, attraverso il rilascio, in sede di esame di singoli progetti, di autorizzazioni concernenti attività antropiche estranee al novero di quelle considerate nella prodromica attività di pianificazione. Come detto, infatti, pur rispondendo alla medesima logica, la valutazione ambientale strategica e quella di impatto ambientale si collocano in snodi differenti dell'esame delle possibili ricadute sull'ecosistema di attività potenzialmente nocive: la prima attiene alla verifica dei possibili impatti derivanti dall'attuazione di piani, mentre la seconda è circoscritta al singolo progetto. Conseguentemente, la prima sarebbe vanificata laddove possano essere apportate variazioni sostanziali connesse ad attività non considerate (sul punto, si veda Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 263, in *giustizia-amministrativa.it*).

[61] In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2012, n. 5715 cit.; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 27 febbraio 2015, n. 576, in *giustizia-amministrativa.it*.

[62] Come evidenziato in dottrina, il processo, endogeno, di VAS configura un processo cooperativo ed inclusivo "ad intra" cioè rivolto all'interno della pubblica amministrazione, cui deve far riscontro ed accompagnarsi un analogo processo "ad extra". Condizione per l'efficacia della VAS, nello spirito della Direttiva UE, è, dunque, "la sua attitudine cooperativa, a livello istituzionale, tra autorità competenti per il processo pianificatorio e autorità preposte al processo valutativo, e, anche, la sua attitudine inclusiva, cioè il suo orientamento a favorire, e, anzi, a catalizzare la partecipazione delle comunità locali, del 'pubblico', al processo pianificatorio-valutativo". (S. Lai, C. Zoppi, op. cit.).

[63] La funzione del piano urbanistico quale strumento di tutela dell'ambiente trova conferma anche nella progressiva centralità assunta, nel dibattito sui contenuti dei piani, dal tema del consumo del suolo e, segnatamente, dalla configurazione di questo come "bene comune ambientale". Si è rilevato, infatti, come tutto ciò prefigurerebbe un "rovesciamento del tradizionale rapporto tra l'urbanistica (ed il diritto urbanistico) e le c.d. tutela parallele": sarebbe, infatti, proprio l'urbanistica "a riconoscere lo statuto di bene ambientale del suolo e a profilare i primi proto-dispositivi di tutela di una fondamentale risorsa" (E. Boscolo, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urb. e app.*, 2014, 2, 131 ss.).

[64] E. Boscolo, *La VAS nel piano e la VAS del piano: modelli alternativi di fronte al giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, 9, 1104 ss.

[65] G. Manfredi, op. cit.

[66] C. Videtta, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'"ambiente" come motore della trasformazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 4, 393 ss. ove si rileva che la VAS introduce l'ambiente come "interesse a bilanciamento necessario", realizzando conseguentemente – proprio a fronte dell'implementazione di tale tipo di valutazione ambientale – una sorta di contropinta in senso centripeto, restituendo almeno in parte gli interessi ambientali al bilanciamento discrezionale (anche) della pianificazione locale.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1861 – 15 luglio 2021

All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative

di Ruggiero Dipace

La questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative è oggetto di un vivace dibattito sia in dottrina sia in giurisprudenza alimentato da un quadro normativo non del tutto chiaro e in possibile contrasto con il diritto europeo.

Al fine di dirimere le numerose questioni interpretative in materia, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto 24 maggio 2021, n. 160, ha deferito d'ufficio all'Adunanza plenaria due appelli in materia. Il potere officioso ex art. 99 c. 2 c.p.a. è stato utilizzato raramente e ciò dimostra la rilevanza delle questioni sottoposte al massimo organo della giustizia amministrativa.

Come noto la questione riguarda la necessità o meno, alla luce del diritto europeo e in particolare della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) di procedere, una volta scadute le concessioni, a una selezione pubblica per l'individuazione del nuovo concessionario. In tal senso si era espressa la Corte di giustizia UE (sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15) secondo la quale l'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE “deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati”. Tali concessioni, quindi, rientrano nel campo applicativo della direttiva fermo restando il potere del giudice nazionale di valutare la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione. Infatti, la direttiva prevede che “qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione

tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento". In questi casi, quindi, l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata e non può prevedere alcuna "procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami".

A discapito del dato normativo europeo e dell'interpretazione della Corte di Giustizia, il legislatore nazionale ha previsto continue proroghe automatiche alla durata delle concessioni evitando così il ricorso alle procedure a evidenza pubblica imposte dal diritto europeo. In particolare, l'art. 1, c. 682 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), ha prorogato per quindici anni le concessioni demaniali marittime (quindi fino al 2033). Tali norme hanno peraltro causato l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea in data 3 dicembre 2020.

Da ultimo, per far fronte alla crisi economica derivante dall'emergenza sanitaria, l'art. 182, c. 2, del d.l. n. 34 del 2020, ha previsto una moratoria generalizzata al ricorso alle gare per le concessioni.

A contribuire a rendere il quadro ancora più complesso si sono inserite alcune disposizioni regionali che hanno nella sostanza replicato le norme statali riguardanti le proroghe automatiche delle concessioni.

Tali leggi regionali, però, sono state impugnate dallo Stato che le ha ritenute lesive delle competenze delle proprie competenze in materia di tutela della concorrenza (ex art. 117, c. 2, lett. e, Cost.). Da ultimo, la questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale con la decisione 9 giugno 2021, n. 139. In quel contenzioso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha impugnato la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 che prevedeva che la validità delle concessioni con finalità turistico-ricreativa e sportiva, diporistica e attività cantieristiche connesse in essere alla data del 31 dicembre 2018, con scadenza antecedente al 2033, si estendesse, a domanda dei concessionari, fino al 31 dicembre 2033. Si trattava, quindi, di una legge regionale che replicava il meccanismo statale della proroga automatica delle concessioni.

La Corte costituzionale con la decisione 139/2021 ha statuito che la regione Friuli Venezia Giulia, pur essendo titolare di competenze legislative primarie in materia di ittica, pesca e turismo, nonché delle competenze amministrative sul demanio marittimo, lacuale e fluviale, ha leso la competenza legislativa statale in materia di concorrenza prevedendo una proroga delle concessioni in essere sino al 2033 non favorendo il ricorso a procedure di selezione pubblica e, quindi, limitando la concorrenza fra imprese (sul punto si veda anche la Corte cost. 12 gennaio 2021, n. 10; tale principio è stato affermato anche dal Consiglio di Stato con sentenza sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416 secondo la quale il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati, tale da determinare un ostacolo all'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, ove previsto dalla legislazione regionale, comporta non solo l'invasione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza ma anche il contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., per lesione dei principi di derivazione europea nella medesima materia). La Corte, inoltre, ha precisato che nel campo della tutela della concorrenza la regione non può ventare alcuna competenza statutaria.

Tale contraddittorio quadro normativo ha dato luogo a differenti approcci delle amministrazioni concedenti alcune delle quali, in ossequio alla normativa europea favorevole alle procedure a evidenza pubblica, hanno negato le proroghe, disapplicando la normativa nazionale (in alcuni casi sono state concesse solo mere proroghe tecniche in attesa delle gare); altre amministrazioni hanno deciso in senso diametralmente opposto concedendo proroghe in applicazione della disciplina nazionale. Ovviamente, tale complessa situazione ha ingenerato un consistente contenzioso con decisioni ondivaghe sia di primo sia di secondo grado.

Proprio il decreto presidenziale deferisce all'Adunanza Plenaria due ricorsi in appello su controversie concernenti il rigetto di istanze di proroga di concessioni ma le cui decisioni di primo grado avevano avuto esiti opposti. Si tratta degli appelli su Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 gennaio 2021, n. 73 e Tar Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504.

Con la prima decisione, il Tar Puglia ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento del Comune di Lecce con il quale si rigettava la richiesta della proroga automatica di una concessione in quanto in palese contrasto con la normativa nazionale ritenuta l'unica applicabile stante la sua prevalenza rispetto alla direttiva *Bolkestein* ritenuta non autoesecutiva e, pertanto, non suscettibile di diretta e immediata applicazione.

Infatti, secondo il Tar Puglia, la direttiva non può essere autoesecutiva in quanto non vengono normati alcuni aspetti fondamentali della disciplina delle gare per le concessioni. Quindi, è necessaria una normativa nazionale attuativa e di riordino del settore che individui la durata delle concessioni; le norme in materia di procedure selettive; la previsione di un indennizzo per i precedenti concessionari e, quindi, norme a tutela del loro legittimo affidamento.

Stante la natura non autoesecutiva della direttiva non sussisterebbe in capo alla pubblica amministrazione alcun obbligo di applicazione immediata della norma europea. Per cui un provvedimento amministrativo che disapplichi la norma nazionale sarebbe illegittimo per violazione di legge.

Con la decisione del Tar Sicilia n.504/2021, si afferma chiaramente il principio della necessità di ricorrere alle gare per l'assegnazione delle concessioni. Infatti, si ricorda che già la giurisprudenza, anche prima della sentenza della Corte di Giustizia del 2016, aveva in via maggioritaria aderito all'interpretazione favorevole all'esperimento delle procedure a evidenza pubblica in adesione ai principi comunitari di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, previsti dalla direttiva n. 123/2016. Tale indicazione si è rafforzata con la sentenza della Corte di giustizia del 2016 di modo che la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale uniformarsi al quella europea sulle gare. Le concessioni, infatti, rientrano in linea di principio nell'ambito di applicazione della direttiva. Semmai, come già affermato dalla Corte di Giustizia, resterebbe devoluta al giudice nazionale la valutazione circa la natura "scarsa" della risorsa. Secondo il Tar, quindi, ogni regime che preveda una proroga automatica delle concessioni, indipendentemente dalla valutazione della natura scarsa o meno della risorsa naturale, sarebbe illegittimo. In tale contesto, il Tar affermava il potere/dovere non solo del giudice ma anche del funzionario pubblico di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con quella comunitaria.

Nella sostanza queste conclusioni erano state già raggiunte dal Consiglio di Stato con la citata sentenza sez. IV, 1416/2021. Con tale decisione si è affermato il principio che il mancato ricorso a procedure di selezione pubbliche crea un ostacolo all'ingresso di nuovi operatori in un settore come quello delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative le quali hanno a oggetto un bene/servizio limitato nel numero e nell'estensione a causa della scarsità delle risorse naturali.

In questa decisione il tema della scarsità della risorsa appare di rilievo ed è elemento di differenziazione rispetto alla sentenza del Tar Sicilia. Il Consiglio di Stato, infatti, ritiene di per sé la spiaggia un bene limitato e scarso con la conseguenza che ogni concessione deve essere assegnata con selezione pubblica.

Nel caso della decisione del Tar Sicilia, invece, l'affermazione sembra essere più sfumata. Di volta in volta, infatti, l'amministrazione (e, quindi, il giudice) dovrebbe valutare sulla natura scarsa o meno della risorsa e, conseguentemente, decidere se ricorrere a una procedura selettiva.

L'elemento della valutazione caso per caso della natura scarsa della risorsa spiaggia sembra, quindi, essere dirimente nell'ambito della decisione sul ricorso alle procedure a evidenza pubblica e, a dire il vero, appare la soluzione più in linea con la normativa comunitaria. Su tale questione, quindi, si potrà trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di garantire l'attuazione del principio della concorrenza e quello di salvaguardare le esigenze degli operatori già presenti sul mercato.

I temi sono effettivamente di notevole portata e interesse e dal contrasto giurisprudenziale evidenziato deriva la decisione del Presidente del Consiglio di Stato che con il citato decreto ha rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

“1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;

2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio;

3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali “aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto” anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, l. 30 dicembre 2018, n. 145.”

Come è facile rilevare, le questioni che si pongono in materia sono numerose e di interesse. Si parte dalla natura giuridica delle concessioni ai fini dell'applicazione della direttiva europea, al tema della scarsità del bene, più in generale al rapporto fra normativa nazionale ed europea e al conseguente potere di disapplicazione normativa. Proprio sotto quest'ultimo aspetto i quesiti sottoposti all'Adunanza plenaria hanno un rilievo che va ben oltre il tema della conformità o meno delle proroghe automatiche al diritto europeo. Lasciando in disparte ogni considerazione sulla portata e sui limiti del potere officioso del Presidente del Consiglio di Stato ex art. 99, c. 2, c.p.a., la decisione dell'Adunanza plenaria, infatti, dovrà delineare l'ampiezza del potere di disapplicazione della normativa nazionale in conflitto con quella europea e, in particolare, se questo sia obbligatorio anche per le amministrazioni, gli enti pubblici e i soggetti a essi equiparati. Inoltre, dovrà essere chiarita la portata dell'esercizio del potere in autotutela da parte delle amministrazioni in adempimento al predetto obbligo disapplicativo.

La decisione, quindi, è attesa non solo per la risoluzione dello specifico problema riguardante le concessioni ma anche per le sue implicazioni di carattere generale in materia di disapplicazione normativa.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2073 – 16 dicembre 2021

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

di Carmine Filicetti

Sommario: 1. Premessa - 2. Cenni storici - 3. Prospettiva costituzionale ed europea - 4. I beni aggredibili nel processo di esecuzione - 5. Limiti al potere sostitutivo del commissario *ad acta* - 6. La non alternatività del giudizio esecutivo a quello di ottemperanza.

1. Premessa

Nell'arte di ragionare kantiana compariva il celebre verso "*fiat iustitia et pereat mundus*", pensiero rivisitato e corretto dal sagace Hegel che, riscrivendolo, né cambio i connotati in "*fiat iustitia ne pereat mundus*, vale a dire "*sia fatta giustizia perché non perisca il mondo*" [1]; negare il perimento equivaleva a fare giustizia, fare giustizia significava sanzionare o, per dir si voglia, eseguire.

Sebbene nella dialettica hegeliana il riferimento è certamente ascrivibile alla pena criminale è, altrettanto, semplice mutuare il punto di vista del filosofo direzionandolo sul tema dell'attuazione del diritto.

È noto che, il tanto agognato e, talvolta, faticosamente conquistato giudicato civile[2], definito nella sua portata sostanziale dall'art. 2909 del codice civile e sotto il profilo formale dall'art. 324 del codice di procedura civile, trova non pochi freni alla sua corretta esecuzione utile al soddisfo dei consociati.

A tal proposito, tale commento vuole soffermarsi, ancora una volta, sul delicato tema dei rapporti intercorrenti tra il giudicato civile e l'esecuzione dello stesso dinanzi al giudice dell'ottemperanza[3].

La statuizione della C.G.A.R.S. è, infatti, frutto di una controversia relativa all'esecuzione, da parte di una società in liquidazione, di un decreto ingiuntivo, emesso dal Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, a favore di altra società. Il titolo da ottemperare veniva portato dinanzi al Tar Sicilia – Catania che, con sentenza, dichiarava l'obbligo di dare esecuzione al predetto titolo entro il termine di sessanta giorni, nominando Commissario ad acta il Prefetto di Messina, con facoltà di delega, per provvedere in via sostitutiva rispetto all'Amministrazione intimata entro il successivo termine di giorni sessanta dal suo insediamento.

Successivamente, il Commissario ad acta depositava la propria relazione dalla quale emergeva l'incapienza dei fondi della società in liquidazione e, a tal proposito, il Tar Sicilia – Catania, con ordinanza dichiarava estinta la procedura di esecuzione del giudicato ritenendo esaurito il giudizio di ottemperanza.

La società soccombente, bramosa di ottenere l'equo soddisfo, appellava la predetta ordinanza, nella parte in cui il Tar ha dichiarato l'estinzione della procedura esecutiva; il Consiglio siciliano disponeva gli incumbenti istruttori, di cui ha onerato l'Assessorato regionale dell'energia e dei servizi di pubblica utilità e il Commissario liquidatore della società in liquidazione e da tali attività emergeva una relazione a cui facevano seguito, per il completamento dell'istruttoria, ulteriori relazioni del Dipartimento regionale dell'acqua e dei rifiuti, esaurita l'istruttoria il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, respingeva definitivamente l'appello, per i motivi che meglio si tratteranno nel prosieguo.

2. Cenni storici

In una prospettiva storica, il giudizio di ottemperanza[4] nasceva in stretta correlazione con l'attribuzione al giudice ordinario[5] del potere della disapplicazione. Tale giudizio è, quindi, figlio dell'esigenza di garantire una più incisiva tutela rispetto al provvedimento illegittimo, ma nel rispetto del principio della separazione dei poteri.

L'obbligo di conformarsi al giudicato civile è stato, in origine, concepito come obbligo dell'Amministrazione di annullare l'atto amministrativo disapplicato, annullamento precluso al giudice ordinario in virtù del principio di separazione dei poteri[6].

Nel corso del tempo, dopo che la giurisprudenza ha esteso il rimedio anche alle sentenze del giudice amministrativo, regola oggi contenuta nell'art. 112 c.p.a., il giudizio di ottemperanza ha visto accentuarsi la funzione, strettamente connessa al riconoscimento della giurisdizione d' merito, di sostituzione dell'Amministrazione (inottemperante) al fine di assicurare l'adempimento della pronuncia giurisdizionale, pur nella consapevolezza che detta sostituzione non avviene nell'esercizio del potere di cura dell'interesse pubblico attribuito dalla legge, ma solo con riferimento al *decisum ottemperando* (trovando titolo o nella sentenza medesima).

3. Prospettiva costituzionale ed europea

La sentenza in commento, ripercorrendo le ragioni poste a fondamento della decisione offre notevoli spunti in chiave costituzionale e chiarisce a mezzo del *dictum* della Corte Costituzionale i confini della questione: “il giudizio di ottemperanza non deve necessariamente modellarsi sul processo esecutivo ordinario, attese le peculiarità funzionali del giudizio amministrativo (esteso al merito) con potenzialità sostitutive e intromissive nell'azione amministrativa, non comparabili con i poteri del giudice dell'esecuzione nel processo civile”[7].

In sostanza, si precisa che non esiste un principio costituzionalmente rilevante di necessaria uniformità di regole processuali tra i diversi tipi di processo (civile e amministrativo), potendo i rispettivi ordinamenti processuali differenziarsi sulla base di una scelta razionale del legislatore, derivante dal tipo di configurazione del processo e dalle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, “naturalmente a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela”[8].

Chiarita la non incostituzionalità, di una configurazione del giudizio di ottemperanza, non aderente allo schema del processo esecutivo civile, la sezione sottolinea come il legislatore abbia delineato i due modelli fortemente diversificati: se da un lato il giudizio d'ottemperanza rappresenta il punto di caduta più avanzato del confronto fra il principio di effettività della tutela e il principio di separazione fra i poteri, dall'altro il giudizio esecutivo richiama in causa, oltre al principio di effettività della tutela, i diritti fondamentali della proprietà sui beni (e i crediti).

Il bilanciamento di tali principi, nel caso di specie, è funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale, garanzia riconosciuta dall'art. 24 Cost., che permette di poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, tutela che ovviamente comprende anche la fase dell'esecuzione forzata[9].

È indubbio che la tutela in sede esecutiva sia componente essenziale del diritto di accesso al giudice: l'azione esecutiva rappresenta uno strumento indispensabile per l'effettività della tutela giurisdizionale poiché risulta essere l'unico mezzo capace di soddisfare le pretese creditorie in mancanza di adempimento spontaneo da parte del debitore.

Ancora, la sezione, come la fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, proprio in quanto componente intrinseca ed essenziale della funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria[10], in ragione del fatto che “il principio di effettività della tutela giurisdizionale [...] rappresenta un connotato rilevante di ogni modello processuale”[11].

In riferimento alle norme europee[12], il giudice si sofferma, poi, sull'ambito di applicazione degli artt. 6 e 13 della CEDU, che comprende a sua volta il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria, che è uno degli aspetti del diritto d'accesso alla giustizia[13], quale diritto non assoluto, che è declinato dallo stato con un certo margine di apprezzamento, da esplicarsi in modo da non comprimere il diritto “nella sua stessa sostanza”. Pertanto “la limitazione si concilia con l'articolo 6 § 1 solo se

persegue un fine legittimo, e se esiste un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito”[14].

Tali doverosi e necessari preamboli normativi fungono per le successive valutazioni di merito analizzate dal Consiglio.

4. I beni aggredibili nel processo di esecuzione

L’attenzione della sezione si sposta, poi, sulla questione giuridica proprietaria, “evoluta dalla concezione assolutistica quale dominio inviolabile ed esclusivo che ha imperato per lunghissimo tempo nel diritto positivo e nel pensiero giuridico, ad un ripensamento critico, che è stato inizialmente positivizzato dalla Costituzione di Weimar (dove ha trovato riconoscimento quale diritto fondamentale ma non inviolabile), dal codice civile italiano del 1942 e dalla Costituzione italiana, che ha preso in considerazione anche l’interesse pubblico coinvolto nella situazione giuridica dominicale e la relativa istanza di partecipazione democratica o comunque i vari interessi coinvolti dalla titolarità di un bene (di modo da delineare una varietà di statuti proprietari)”.

Il giudice, al fine di pronunciarsi sulla controversia, muove le sue mosse dalla responsabilità patrimoniale di cui all’art. 2740 c.c.[15], fondata sul rapporto di prevalenza del credito sui beni di proprietà del debitore. Successivamente partendo dagli assunti di cui all’art. 2910 c.c. (norma che inaugura una serie di disposizioni inerenti all’espropriazione forzata, rivolte ad ottenere una realizzazione in forma coattiva del diritto di credito, per garantire la tutela del creditore insoddisfatto) specifica quelle che sono le precise attribuzioni che fanno capo al creditore ovvero la facoltà spettante a quest’ultimo consistente non nel diritto di espropriare i beni in via immediata, ma della possibilità – in via mediata - di azionare i mezzi che l’ordinamento fornisce al fine di far espropriare quei beni.

In sostanza, parafrasando l’ultimo inciso, si comprende come il creditore sia fornito di un solo potere di natura processuale, attuabile verso lo Stato, che si fa da garante dell’effettività della tutela del credito.

La via maestra è certamente il giudizio esecutivo, crocevia fra principio di effettività della tutela e diritti fondamentali della proprietà sui beni (e i crediti) e il successivo giudizio di ottemperanza, anch’esso intriso del principio dell’effettività della tutela ma caratterizzato anche da quello della separazione dei poteri[16].

Il consiglio, dunque, sancisce come sia di vitale importanza il posizionamento dei due rimedi -giudizio d’ottemperanza e processo esecutivo civile - riguardo ai principi fondamentali che essi tutelano; da ciò discende, a cascata, la logica ricaduta nella diversità dei poteri attribuiti al giudice dell’ottemperanza e al giudice civile dell’esecuzione, dal momento che al secondo è accordato il potere di aggredire i beni del debitore, entrando nella sfera della proprietà altrui, mentre al primo è riconosciuto il potere sostitutivo, capace di alterare il principio della separazione fra i poteri.

5. Limiti al potere sostitutivo del commissario *ad acta*

Peculiarità del giudizio di ottemperanza è quella di avere al suo interno un meccanismo sostitutivo, capace di contemperare fra l'esigenza di assicurare una tutela effettiva ed il principio di separazione dei poteri.

Nella sentenza in commento, il giudicante si è interrogato sulla misura del confine dell'ambito dei poteri (sostitutivi) del giudice di ottemperanza e di quelli facenti capo allo stesso commissario *ad acta*, organo straordinario appunto del giudice d'ottemperanza. Il solco del perimetro dei compiti di quest'ultimo è stato, tra l'altro, oggetto di recente adunanza plenaria che ne ha stabilito i margini indicando quale limite quello di coincidere "con i confini della giurisdizione del giudice che lo ha nominato e nel cui ambito il commissario agisce"[17].

Il Commissario *ad acta*, dunque, essendo organo straordinario del giudice, deputato ad adottare, in luogo dell'Amministrazione, gli atti e i provvedimenti tipici di quest'ultima, diviene intestatario dei soli poteri che facevano capo all'amministrazione inottemperante. Esso, in sostanza, essendo una proliferazione del giudice dell'ottemperanza, può muoversi solo e soltanto entro le soglie degli atti che farebbero capo al giudice stesso e dell'Amministrazione dalla quale il giudice dell'ottemperanza mutua i propri poteri attraverso il riconoscimento della giurisdizione di merito. Non a caso, l'Adunanza plenaria già citata, ha affermato che "il commissario *ad acta* potrà essere chiamato ad adottare atti dalla natura giuridica e dal contenuto più vari: da quelli volti al pagamento di somme di denaro, cui l'amministrazione è stata condannata, ai provvedimenti amministrativi di natura vincolata, che trovano già nella sentenza che ha concluso il giudizio di cognizione la propria conformazione; fino ai provvedimenti di natura discrezionale, che solo eventualmente possono trovare nella sentenza ragioni e limiti della valutazione e della scelta che il commissario deve effettuare in luogo dell'amministrazione" (25 maggio 2021 n. 8), così indicando proprio nel compimento di atti giuridici la tipica funzione del giudizio di ottemperanza e del Commissario *ad acta*.

Dunque, in termini generali, il potere amministrativo da sostituire rappresenta non solo il limite dell'intervento del giudice dell'ottemperanza ma anche l'aspetto che lo connota, di talché, allorché non si tratta di esercitare detto potere, viene meno la stessa ragion d'essere del rimedio di cui agli artt. 112 e ss. c.p.a, e che l'unico spazio di manovra lasciato dal giudizio d'ottemperanza, riguarda i soli casi in cui l'adempimento della sentenza richiede l'adozione di atti esecutivi sui beni e/o sui crediti del debitore.

6. La non alternatività del giudizio esecutivo a quello di ottemperanza

L'aspetto che connota la presente decisione, è utile a sottolineare come la diversità fra i due giudizi - esecutivo e di ottemperanza - sia caratterizzata da aspetti tipici, che vengono evidenziati con specifico riferimento all'adempimento del *decisum* del giudice civile[18].

Quanto ai limiti soggettivi, il giudice, si limita a rilevare il soggetto pubblico che può essere sostituito dal giudice dell'ottemperanza e/o dal Commissario *ad acta*, restando, tuttavia

vincolato agli stessi limiti del giudicato di condanna che, di fatto, impediscono al giudice dell'ottemperanza di incardinare il Commissario *ad acta* presso un soggetto pubblico terzo; di contro il giudice civile dell'esecuzione, invece, dispone di tali poteri, potendo coinvolgere nell'esecuzione anche il debitore terzo, anche se di natura pubblicistica.

In riferimento alle differenze poste in relazione ai limiti oggettivi, viene rilevato come rispetto all'esecuzione delle sentenze del giudice civile - sia nella forma dell'espropriazione forzata mobiliare e immobiliare, sia nelle forme per consegna o rilascio ovvero per violazione di un obbligo di fare o di non fare - è del tutto influente il mancato passaggio in giudicato della sentenza o provvedimento giudiziale purché esecutivo; situazione nettamente contraria in riferimento ai presupposti per azionare il giudizio di ottemperanza, in quanto trattasi di circostanza necessaria.

Chiarite le differenze di tipo oggettivo-soggettivo dei due giudizi, la sezione si sofferma a catalogare, in maniera ancor più analitica, quella che è la natura del giudizio di ottemperanza, definendola "polisemica", in quanto dotata sia di poteri esecutivi che di cognizione^[19].

Ancora, ulteriore differenziazione tra i due giudizi è visibile nelle diverse facoltà attribuite ai due diversi giudici: il giudice dell'ottemperanza può offrire una tutela in forma specifica, attraverso il meccanismo sostitutivo al fine di arrivare all'adozione del provvedimento amministrativo che soddisfa l'interesse sostanziale inizialmente leso; il giudice dell'esecuzione è, invece, attrezzato per aggredire il patrimonio del debitore.

Tali considerazioni, sono fondamentali per comprendere che non si è certo di fronte ad un sistema a doppio binario di tutele, in quanto, se è pur vero che il privato ha a disposizione due rimedi, la scelta fra le due azioni non è indifferente, poiché diverse sono le pretese e le risultanze, alle quali si potrà arrivare adendo l'una piuttosto che l'altra giurisdizione.

Il *thema decidendum*, del caso affrontato dalla C.G.A.R.S., è essenzialmente fondato sul pagamento di una somma di danaro, contenuta in un decreto ingiuntivo diventato esecutivo.

Precisa la sezione, però, che i poteri attribuibili al giudice dell'ottemperanza, nell'eseguire il pagamento di una data somma possono limitarsi alla sola adozione degli atti della procedura contabile di spesa, atti che facevano capo all'amministrazione stessa, di cui il giudice assume i poteri e che risultano gli unici esperibili da parte di quest'ultimo, sicché la polisemicità del giudizio e dell'azione di ottemperanza viene ridotto, in tal caso, ad uno spazio marginale.

Ebbene, le pretese della società ricorrente, non potevano trovare accoglimento dinanzi al giudice amministrativo, semplicemente poiché la sola adozione di atti di mera natura contabile non risulta in alcun modo sufficiente, in quanto ci troviamo al cospetto di una società incapiente.

D'altro canto, il reperimento delle risorse, a mezzo del pignoramento presso terzi, non è attività attribuibili al giudice dell'ottemperanza, in quanto, per come sin ora esposto, non ha al suo interno poteri utili ad incrementare il patrimonio dell'amministrazione.

Invero, l'Amministrazione risulta avere poteri esecutori soltanto sui propri beni, poteri che, di riflesso, sono identici a quelli assunti dal giudice dell'ottemperanza a mezzo del meccanismo sostitutivo.

In sintesi, si può massimare la sentenza in questione affermando che: non è attività conoscibile dal G.A quella utile al reperimento delle risorse necessarie per l'esecuzione coattiva della condanna al pagamento di una somma di denaro; l'esecuzione del giudicato si trova dinanzi ad un limite intrinseco e ineliminabile, che è logico e pratico, ancor prima che giuridico, "nel sopravvenuto mutamento della realtà fattuale o giuridica tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante"^[20].

In tale prospettiva, il Commissario *ad acta*, in alcun modo è adibito al pignoramento dei crediti in quanto egli, essendo *longa manus* del giudice dell'ottemperanza che a sua volta si sostituisce all'Amministrazione, non ha alcun potere e nessuna pretesa di adoperarsi perché un'altra autorità giudiziaria provveda ad assicurare la tutela del diritto.

Ulteriore distinzione viene, poi, affrontata sulla natura del Commissario *ad acta*, in contrapposizione alla figura del Commissario liquidatore, che invece, in virtù di una precisa previsione normativa^[21], assume la qualifica di pubblico ufficiale ed è deputato, quindi, a svolgere tutte le operazioni della liquidazione^[22] e, a tal fine, è legittimato ad agire in giudizio nel perimetro delle prerogative liquidatorie^[23].

Infine, poiché oggetto della pronuncia in commento, è un decreto ingiuntivo divenuto definitivo e contenente un ordine di pagamento e giacché la peculiarità della vicenda insiste sulla assenza di risorse disponibili presso la società esecutata, il giudice chiarisce che, in alcun modo può essere posta questione alcuna relativa all'adozione degli atti contabili.

Inoltre, il Commissario *ad acta* ha fatto salva la possibilità che tali risorse possano essere reperite attraverso i Comuni, che risultavano soci della società e che l'esecuzione del decreto ingiuntivo necessita esclusivamente di attività e poteri del giudice civile funzionali all'aggressione dei crediti del debitore verso i terzi, attività consistenti nel pignoramento presso terzi, azionabile dalla parte privata.

In alcun modo può essere chiesto al giudice dell'ottemperanza l'attuazione del pignoramento dei crediti presso terzi, ex art. 543 c.p.c., attività mai configurabile come atto amministrativo.

Ulteriormente, la decisione di ritenere esaurito il giudizio di ottemperanza, non determina un *vulnus* al principio di effettività della tutela in quanto è fatta salva la possibilità di poter procedere tramite i rimedi processuali, civilistici, utili per far valere le pretese creditorie potendo il soggetto interessato, ancora, avvalersi dell'azione esecutiva ordinaria per espropriazione forzata in base a sentenza esecutiva contenente condanna al pagamento di una somma di denaro^[24].

[1] I. KANT, *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano 2003, p. 93; G.F.W. HEGEL, *Lineamenti di Filosofia del diritto*, Laterza, Bari 1965, § 130, p. 120.

[2] Sul tema del giudicato: A. Romano Tassone, *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in www.giustamm.it; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.

[3] Per una più completa ricostruzione dell'istituto dell'ottemperanza e del rapporto con giudicato civile si veda: F. Francario, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in *Il Processo*, 3/2018, 171-215, Id., *Giudicato e ottemperanza*, in F. Francario, *Garanzia degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, sez. II, Napoli, 2019.

[4] Cfr., A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018; F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2018, 119 e ss.; A. Storto, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, 139 e ss.; A. Police, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, 181 e ss.; G. Montedoro, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata nelle giurisdizioni nazionali*, 199 e ss.

[5] Gli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, comprendevano il sindacato sugli atti amministrativi ai fini della tutela dei diritti soggettivi perfetti, che si traduceva nel solo istituto della disapplicazione, in conformità al principio di separazione dei poteri (alla base anche della devoluzione, nel 1889, alla IV Sezione del Consiglio di Stato, collocata appunto inizialmente nella sfera del potere esecutivo lato sensu, e non al giudice ordinario, del potere di annullare gli atti amministrativi).

[6] Con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato si ritenne quindi di offrire un rimedio “*alla parte che non si contenta degli effetti civili della decisione dell'autorità giudiziaria, il mezzo di far cadere interamente il provvedimento illegittimo dell'autorità amministrativa*” (Relazione del Governo al progetto di legge, poi approvato come legge 31 marzo 1889 n. 5991).

[7] Corte cost. 12 dicembre 1998, n. 406.

[8] Corte cost. 15 settembre 1995 n. 435.

[9] Corte cost. 22 giugno 2021 n. 128.

[10] Sentenza n. 419 del 1995.

[11] Corte cost. 5 dicembre 2018 n. 225.

[12] Nelle fonti dell'Unione europea il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva è stato positivizzato negli articoli 47 della Carta di Nizza e 19 del Trattato sull'Unione europea. In più occasioni la Corte di giustizia ha esplicitamente affermato che quell'effettività della tutela giurisdizionale è un principio generale dell'ordinamento giuridico dell'Unione (Corte giust. 16 luglio 2009, causa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt Duales System Deutschland/Commissione*, Corte giust. 1 marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*; Corte giust. 22 dicembre 2010, causa C-279/09).

[13] Corte EDU 19 marzo 1997, causa *Hornsby c. Grecia*.

[14] Corte EDU 16 ottobre 2007, causa *De Trana c. Italia*.

[15] Responsabilità che, a partire dalla pronuncia della Corte cost. 21 luglio 1981 n. 138, investe anche la pubblica amministrazione.

[16] Sul tema, R. Dagostino, *Ottemperanza al giudicato civile: interpretazione, integrazione o sostituzione del giudicato? (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 7 luglio 2020, n. 4369)*, in giustiziainsieme.it.

[17] Ad. plen. 25 maggio 2021 n. 8.

[18] A tal proposito, nella sentenza in commento si legge a chiare lettere che “diverso è il profilo soggettivo della tutela, atteso che nel processo esecutivo civile è indifferente la natura del soggetto che agisce in giudizio, laddove il giudizio di ottemperanza avente ad oggetto il giudicato civile è teso a coartare l'adempimento dell'Amministrazione, come è evincibile

dall'art. 112 comma 2 lett. c) c.p.a., benché si collochi a valle di obblighi esecutivi gravanti sulla parte pubblica e sulla parte privata ai sensi dell'art. 112 comma 1 c.p.a.”.

[19] Ad. plen. 15 gennaio 2013 n. 2.

[20] Ad. plen. 9.6.2016 n. 11.

[21] Art. 199 l. fall.

[22] Art. 204 l. fall.

[23] Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 2019 n. 33422.

[24] Corte cost. 12 dicembre 1998, n. 406.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1541 - 11 febbraio 2021

Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza

di Maddalena Filippi, Presidente TAR Veneto

Sommario: 1. Il tema – 2. Le obiezioni della dottrina – 3. La giurisprudenza della Cassazione successiva alle ordinanze *gemelle* - 4. La lesione dell'affidamento in assenza di provvedimento – 5. Un'ipotesi di *sconfinamento*?

1. Il tema

Il tema è quello della tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza.

Con una recente ordinanza^[1], le Sezioni Unite della Cassazione hanno confermato il principio - affermato nelle tre ordinanze *gemelle* del 2011 (nn. 6594, 6595 e 6596) - con riguardo all'individuazione del giudice competente a decidere dei danni conseguenti al rilascio di un provvedimento favorevole, poi annullato in via di autotutela o dal giudice amministrativo.

Con quelle decisioni le Sezioni Unite hanno ritenuto che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la domanda con cui il destinatario di un provvedimento illegittimo, ampliativo della sua sfera giuridica, chiedi il risarcimento del danno subito a causa dell'emanazione dell'atto favorevole (illegittimo) e del successivo (legittimo) annullamento di tale provvedimento, in sede giurisdizionale o a seguito dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione che ha emanato l'atto.

E' il caso, tutt'altro che raro, del beneficiario di un titolo edilizio annullato - d'ufficio o su ricorso di altro soggetto - in quanto illegittimo, che chiedi il risarcimento dei danni subiti per

avere confidato nella apparente legittimità del titolo (ord. nn. 6594 e 6595); è il caso, tutt'altro che raro, dell'impresa che chieda il risarcimento lamentando la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione di una gara apparentemente legittimo, poi legittimamente annullato (ord. n. 6596). Si trattava dunque di controversie concernenti materie di giurisdizione esclusiva.

In queste ipotesi – hanno rilevato le Sezioni Unite – la competenza non appartiene al giudice amministrativo perché la domanda autonoma di risarcimento non riguarda l'accertamento dell'illegittimità del titolo edilizio o dell'aggiudicazione (illegittimità che, semmai, la parte avrebbe avuto interesse a contrastare nel giudizio amministrativo promosso dal controinteressato).

La domanda ha invece ad oggetto l'accertamento del comportamento illecito dell'amministrazione per aver ingenerato, nel cittadino come nell'impresa, il convincimento di poter legittimamente realizzare l'intervento edilizio assentito o di poter legittimamente eseguire l'appalto aggiudicato.

Al giudice ordinario si chiede dunque di accertare l'avvenuta violazione del principio del *neminem laedere*, cioè di quell'insieme di doveri di comportamento il cui contenuto prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che ne è responsabile, insieme di doveri di comportamento che anche l'amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare.

2. Le obiezioni della dottrina

Non si può non ricordare che le tre ordinanze *gemelle* sono state emanate a pochi mesi dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Tanto è vero che nei primi commenti si parlò di decisioni “perturbatrici” del *lodo* raggiunto in ordine al riparto di giurisdizione. In effetti, la formulazione degli articoli 7 e 30 del codice recepisce - nel rispetto della *summa divisio* scolpita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004 – una sorta di *accordo* raggiunto tra i vertici delle giurisdizioni nel corso dei lavori della Commissione incaricata di predisporre il testo del primo codice del processo amministrativo. Accordo secondo cui, con riguardo all'azione risarcitoria, la linea di confine tra le due giurisdizioni va collocata nella riconoscibilità – o meno – di un collegamento, mediato o immediato, tra l'evento individuato come fonte del danno e l'esercizio di un potere amministrativo.

Una parte della dottrina evidenziò subito come il principio affermato dalla Cassazione con le richiamate ordinanze *gemelle* non fosse coerente con la scelta compiuta dal codice del processo amministrativo, chiarissima – quest'ultima - nel senso di attribuire alla cognizione del giudice amministrativo *tutti* gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dall'esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l'amministrazione¹²¹.

Si è osservato, in particolare, come la circostanza che il danno non sia *immediatamente* cagionato dal provvedimento – che appare legittimo – ma emerga solo dopo l'annullamento dell'atto, sia questione che attiene esclusivamente al piano cronologico. Si tratta di circostanza che invece non incide sulla ricollegabilità diretta del pregiudizio - sul versante eziologico, rilevante ai sensi dell'art. 1223 c.c. - all'adozione del provvedimento amministrativo.

Sicché - sotto il profilo della giurisdizione - azione caducatoria e azione risarcitoria sono da considerarsi equipollenti in quanto entrambe volte a contestare il *cattivo esercizio del potere* a fronte di posizioni di interesse legittimo.

In questo senso, dunque, il principio affermato dalla Cassazione in punto di tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione – specie con riguardo alle ipotesi ricadenti nell'ambito della giurisdizione esclusiva – doveva ritenersi non del tutto coerente con il criterio fondamentale di riparto individuato dalla Corte costituzionale nella *inerenza* dell'azione amministrativa all'esercizio di un potere pubblico.

Nei primi commenti alle ordinanze *gemelle* si è d'altra parte sottolineato come la lesione di un interesse legittimo si configuri anche quando l'amministrazione illegittimamente rilasci al cittadino un provvedimento favorevole che ben può costituire la fonte di una lesione a tale posizione di interesse legittimo. Tanto che – sotto il profilo della tutela – si è addirittura dubitato della necessità di *scomodare* la figura dell'affidamento per risarcire un tale tipo di danno^[3].

3. La giurisprudenza della Cassazione successiva alle ordinanze *gemelle*

L'orientamento affermato dalla Cassazione nel 2011, con riguardo alla giurisdizione sui danni arrecati dall'annullamento di un provvedimento favorevole ma illegittimo, è stato successivamente confermato in diverse pronunce^[4] (anche del Consiglio di Stato)^[5].

E' da ricordare, in particolare, l'ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586^[6], perché la motivazione che sorregge la decisione dimostra l'attenzione con cui la Cassazione ha seguito il dibattito della dottrina e le perplessità suscitate dal principio affermato sul punto.

Con questa ordinanza la Cassazione ha sottolineato come il principio riguardi ipotesi nelle quali l'esercizio del potere amministrativo (l'autotutela), o comunque l'annullamento giurisdizionale del provvedimento, rilevano non in sé, ma per l'efficacia causale del *danno evento* da affidamento incolpevole.

Ciò che viene messo in luce, in questa prospettiva, non è la modalità di esercizio del potere, ma il diritto soggettivo - di colui che ha ottenuto il provvedimento favorevole - a mantenere nel proprio patrimonio la consistenza sostanziale di questo diritto.

La lesione dell'affidamento creato dal provvedimento favorevole è dunque fonte di una responsabilità che - nella ricostruzione operata dalle Sezioni Unite con l'ordinanza del 2015 – è ricondotta nell'ambito delle “responsabilità da comportamento” dell'amministrazione.

Il danno considerato ai fini dell'accertamento della responsabilità non viene in rilievo come conseguenza del provvedimento, pur illegittimo, perché non deriva dal cattivo esercizio di un potere autoritativo. Dunque tale accertamento non richiede alcuna verifica in ordine alla legittimità degli atti posti in essere dall'amministrazione, non richiede il previo annullamento di questi atti, ma pone il baricentro nella fase di *contatto* tra il privato e l'amministrazione: il solo presupposto su cui si fonda tale responsabilità viene individuato nella lesione dell'affidamento in questa fase di *contatto*.

Così inquadrata la fattispecie di responsabilità – ed esclusa ogni possibile riconduzione nell'ambito del perimetro segnato dall'articolo 7 del codice del processo amministrativo - le Sezioni Unite confermano il principio affermato con le ordinanze *gemelle* del 2011, rilevando come il diritto al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento non appartenga alla giurisdizione del giudice amministrativo anche quando tale affidamento si sia formato in una materia che rientri nella giurisdizione esclusiva dello stesso giudice amministrativo.

Da tale impostazione deriva che il privato, quando agisce in giudizio per il risarcimento del danno da lesione del legittimo affidamento, non porta come *causa petendi* l'illegittimità del provvedimento (da cui deriverebbe la giurisdizione del giudice amministrativo), ma fa valere la lesione di una nuova situazione di diritto soggettivo – il diritto alla conservazione dell'integrità patrimoniale - restando irrilevante ogni collegamento con il provvedimento e con l'esercizio autoritativo del potere dell'amministrazione.

La giurisdizione non può dunque essere attribuita al giudice amministrativo perché la lesione dell'affidamento del privato, e quindi del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, deriva dal realizzarsi di una fattispecie complessa rispetto alla quale l'illegittimo esercizio del potere da parte dell'amministrazione ha costituito solo uno, sia pure importante ma non necessario, dei fattori che hanno leso l'integrità patrimoniale del privato. Il provvedimento, sottolineano le Sezioni Unite, ha rappresentato soltanto "l'occasione" per ledere la sfera del privato.

Da ultimo, con l'ordinanza del 21 settembre 2020, n. 19677, le Sezioni Unite ribadiscono – sempre con riguardo ad analoghe fattispecie - che la domanda di risarcimento esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo in ragione della *causa petendi*.

In quel caso, in particolare, la società attrice non aveva messo in discussione l'illegittimità dell'atto ampliativo della sua sfera giuridica, annullato *ope iudicis* (si trattava dell'aggiudicazione di una gara); né aveva rimproverato all'amministrazione l'esercizio illegittimo di un potere consumato nei suoi confronti. La parte attrice aveva lamentato la lesione del proprio affidamento sulla legittimità dell'atto annullato e aveva domandato il risarcimento del danno (ovvero la condanna al pagamento dell'indennizzo o alla restituzione dell'indebitato) per avere orientato le proprie scelte negoziali e imprenditoriali confidando, fino all'annullamento, nella legittimità dell'atto (e per avere sostenuto spese di esecuzione del contratto di appalto stipulato a seguito della gara).

Il Tribunale adito^[4] aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a favore del giudice amministrativo sul rilievo che la posizione soggettiva dell'impresa di fronte all'esercizio illegittimo dell'attività provvedimentale non può considerarsi una fattispecie suscettibile di metamorfosi a seconda della diversa tutela - caducatoria o risarcitoria - invocata, ma mantiene una sostanziale unitarietà che rileva ai fini del riparto di giurisdizione. Con la conseguenza che - qualora la parte invochi, pure in via autonoma, la tutela risarcitoria per un danno cagionato dallo scorretto esercizio del potere - la posizione soggettiva lesa deve comunque ritenersi di interesse legittimo, considerata la riconducibilità della fattispecie nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il giudice della giurisdizione ha invece confermato il principio secondo cui per predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa occorre che il danno del quale si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione sia *causalmente* collegato all'illegittimità dell'atto: in quel caso – come evidenziato dalla *causa petendi* - il risarcimento

veniva chiesto non in relazione al danno provocato dall'illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì come conseguenza della lesione dell'affidamento ingenerato dall'atto di aggiudicazione apparentemente legittimo.

4. La lesione dell'affidamento in assenza di provvedimento

Con l'ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236^[8], le Sezioni Unite hanno aggiunto un segmento ulteriore al principio affermato, a partire dal 2011, in tema di tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: la Cassazione si è infatti pronunciata sulla domanda di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento nel caso in cui non venga in gioco alcun provvedimento illegittimamente ampliativo, poi annullato in autotutela o in sede giurisdizionale.

Il caso è stato affrontato dalle Sezioni Unite in sede di regolamento preventivo di giurisdizione proposto da un Comune a seguito della domanda di risarcimento dei danni presentata da un'impresa di costruzioni che lamentava il falso affidamento ingenerato dal comportamento "ondivago" dell'amministrazione. Il danno prospettato riguardava la sola condotta dell'amministrazione, indipendentemente da ogni connessione con invalidità provvedimentali e, addirittura, indipendentemente dalla stessa esistenza di un provvedimento.

In particolare, nell'atto di citazione davanti al giudice ordinario, la parte attrice aveva evidenziato come - a fronte della presentazione di un progetto di massima per la realizzazione di un complesso alberghiero su un terreno di proprietà dell'impresa - il Comune avesse dapprima riconosciuto la rilevanza, sotto il profilo dell'interesse pubblico, dell'intervento progettato, senza però consentire, a distanza di anni, la favorevole conclusione del procedimento.

Nel frattempo era stata infatti adottata una variante urbanistica che, anche per effetto delle osservazioni regionali accolte dal Comune, l'impresa aveva ritenuto eccessivamente limitativa quanto alle potenzialità edificatorie.

Per oltre quattro anni – si lamentava – il Comune aveva interloquito e dialogato con l'impresa attraverso rassicurazioni in ordine all'esito favorevole del procedimento, richieste di integrazione documentale, suggerimenti di soluzioni migliorative, pareri anche favorevoli, per poi giungere all'esito del tutto insoddisfacente per l'interessata: un tale comportamento *ondivago* doveva ritenersi rilevante non solo sotto il profilo della violazione dei termini di conclusione del procedimento, ma soprattutto in punto di lesione dell'affidamento al rilascio del titolo richiesto per la realizzazione dell'intervento.

Proprio in relazione al doppio profilo contestato dall'impresa con la domanda di risarcimento, il Comune ha proposto il regolamento di giurisdizione ritenendo che sulla questione fosse competente il giudice amministrativo. Tanto la fattispecie del danno da ritardo per violazione dei termini procedimentali, quanto la fattispecie del danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa in materia edilizia ed urbanistica – ha rilevato la parte convenuta - rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo^[9].

In effetti, in questo senso ha concluso il Procuratore Generale che, condividendo quanto sostenuto dal Comune, si è espresso per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo. In particolare il Procuratore Generale ha ritenuto che i principi enunciati nelle ordinanze *gemelle* non fossero applicabili alla vicenda in quanto essi “*postulano l'esistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, sulla cui legittimità il medesimo privato abbia fatto affidamento e che successivamente sia stato caducato, in via di autotutela o in sede giurisdizionale*”. Provvedimento che nella specie non era stato adottato^[10].

Le Sezioni Unite ritengono invece che il caso rientri nella giurisdizione ordinaria e propongono una lettura ancora più dilatata del principio di affidamento.

Il piano di valutazione non è quello dell'invalidità (di diritto pubblico) del provvedimento, ma quello, distinto, della sua conformità ai principi civilistici e alle clausole generali^[11].

Prima, tra queste “clausole generali” del sistema ordinamentale, la clausola della *buona fede oggettiva* che abbraccia sia un dovere negativo di evitare comportamenti scorretti, informazioni sbagliate, reticenze, sia un dovere positivo di comportamento collaborativo.

Un dovere di comportamento collaborativo che – alla luce dell'articolo 2 della Costituzione^[12] – interpreta il dovere di solidarietà sociale come “dovere di protezione” quando tra i consociati si instaurano “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente “qualificati” tali da generare ragionevoli affidamenti sulla condotta corretta e protettiva altrui^[13].

Ciò che viene in rilievo non è, dunque, l'inerzia o il ritardo da parte dell'amministrazione rispetto all'obbligo di concludere il procedimento, ma - al contrario - un comportamento positivo e generatore di aspettative poi deluse, rispetto ad un rapporto tacito di fiducia tra le parti che si svolge interamente sul “piano paritario” e che per questo non può che essere affidato al giudice ordinario.

E' interessante rilevare come le Sezioni Unite, riprendendo una distinzione già sottolineata da una parte della dottrina, pongano l'accento sulla non sovrapponibilità della nozione di affidamento propria della disciplina dell'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo rispetto alla nozione di affidamento a cui si fa riferimento nelle tre ordinanze del 2011, e nelle successive pronunce che alle stesse si sono uniformate.

L'affidamento tutelato dalla disciplina dettata dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio “*prescinde da considerazioni legate all'elemento soggettivo della condotta dell'amministrazione e delle parti private (colpa, diligenza, buona fede etc.) e si risolve nella verifica della legittimità degli atti formali attraverso cui si esprime il potere discrezionale dell'amministrazione di ponderare l'interesse pubblico alla rimozione di un atto illegittimo con gli interessi privati del beneficiario di tale atto e degli eventuali controinteressati*”.

Al contrario, il modello di tutela che viene in rilievo nelle ordinanze *gemelle* è “*una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede*”.

Ne deriva, dunque, una chiara distinzione tra la nozione di affidamento *legittimo* e quella di affidamento *incolpevole*^[14].

L'*affidamento legittimo*, secondo questa ricostruzione, trova protezione nel rapporto amministrativo: la struttura del procedimento è preordinata a prevenire la lesione dell'affidamento attraverso una serie di regole la cui violazione dà luogo all'invalidità provvedimentale (regole che impongono lo svolgimento di una istruttoria adeguata nel rispetto del contraddittorio; che richiedono la considerazione degli interessi dei destinatari del provvedimento come dei controinteressati; che fissano limiti temporali al potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi; che prevedono un indennizzo in caso di revoca di un atto che rechi pregiudizio agli interessati).

Ma la Suprema Corte ha osservato come – quando tali regole siano state rispettate e quindi risulti legittimo l'annullamento in sede di autotutela dell'atto amministrativo favorevole – sia configurabile la lesione del diverso affidamento che derivi non dalla *invalidità di diritto pubblico* del provvedimento, ma dalla mancata conformità ai principi civilistici e alle clausole generali del comportamento tenuto dall'amministrazione.

Il modello di tutela che viene in rilievo a fronte di una situazione di affidamento *incolpevole* – mette in luce l'ordinanza - muove da un piano di valutazione diverso che pone al centro il dovere di correttezza e di *buona fede oggettiva*, configurabile in capo all'amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione di qualsiasi provvedimento, o dall'esistenza di trattative tra le parti, perché si colloca in una dimensione relazionale^[15].

Questo affidamento secondo buona fede – perché inteso come fiducia riposta nella correttezza altrui - non assume rilevanza giuridica se non nel momento in cui l'affidamento è stato deluso.

Con riguardo all'oggetto della lesione, le Sezioni Unite puntualizzano che – contrariamente a quanto affermato dalla stessa Corte a partire dalle ordinanze gemelle - la situazione soggettiva lesa dalla delusione delle aspettative generate dal comportamento della pubblica amministrazione non va individuata nel diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio, ma “*si identifica nell'affidamento della parte privata nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione*”^[16].

Il danno consegue dunque non alla violazione di un dovere di prestazione, come si verifica in caso di lesione dell'affidamento legittimo, ma alla violazione di un “*dovere di protezione*”, il quale sorge non da un contratto, ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione ed il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima.

Si tratta quindi di una forma di responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione nei confronti di un cittadino che si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione, solidarietà e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*.

Dunque – affermano le Sezioni Unite - la natura di tale forma di responsabilità della pubblica amministrazione non può che essere ricondotta nell'ambito della responsabilità contrattuale da *contatto sociale qualificato*, il cui elemento qualificante va individuato non nella colpa, bensì

nella violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti^[17].

5. Un'ipotesi di *sconfinamento*?

Come è stato recentemente suggerito^[18], l'orientamento delle Sezioni Unite in tema di responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento^[19] potrebbe aprire una prospettiva più ampia circa la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo che si presta ad essere estesa ad altre ipotesi - oltre a quella degli interventi amministrativi di secondo grado - sino a comprendere la generalità delle ipotesi in cui sia denunciabile la lesione della *buona fede oggettiva*^[20].

La considerazione può senz'altro essere condivisa. Ma il punto è l'individuazione del giudice chiamato ad occuparsi di questa tutela.

Può ritenersi che - per attribuire la giurisdizione al giudice ordinario - sia sufficiente il richiamo al parametro della *buona fede oggettiva* o la riconduzione della responsabilità dell'amministrazione nell'ambito della responsabilità da *contatto qualificato*?

È vero che un numero sempre maggiore di norme di matrice privatistica è diventata regola del diritto amministrativo. Basti pensare alla recente consacrazione dei principi della collaborazione e della buona fede come cardini del procedimento^[21].

Non v'è dubbio, d'altra parte, che la vicenda oggetto della richiamata ordinanza delle Sezioni Unite sia emblematica di una esperienza comune a tanti cittadini e a tante imprese: è infatti frequente che, dopo essersi rivolti all'amministrazione - per dare avvio ad un'attività economica, per realizzare un intervento edilizio o un progetto di trasformazione urbanistica - cittadini e imprese abbiano confidato nella favorevole conclusione del procedimento sulla scorta dell'affidamento ingenerato dal comportamento propulsivo dell'amministrazione e dalla positiva valutazione da questa espressa con riguardo al rilievo dell'iniziativa, per poi trovarsi di fronte, a distanza di tempo, ad un orientamento conclusivo del tutto diverso.

E dunque non v'è dubbio che l'apprezzamento - affidato al giudice dei diritti - del comportamento dell'amministrazione sotto il profilo del rispetto dei principi civilistici e delle clausole generali, prima fra tutte quella della *buona fede oggettiva*, potrebbe costituire un modello di tutela particolarmente efficace a fronte di lesioni arrecate all'affidamento ingenerato dall'amministrazione in situazioni come quelle appena richiamate.

Un tale apprezzamento - appunto perché muove dall'assunto che la controversia escluda qualsiasi collegamento, anche mediato, con l'esercizio del potere - è limitato alla considerazione di comportamenti *meri*.

A ben vedere, proprio l'esame della fattispecie cui si riferisce l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 8236 del 2020 induce a chiedersi se l'orientamento affermato non rischi di affrontare la questione su un piano eccessivamente astratto.

In effetti, tenuto conto della vicenda descritta e in particolare del dialogo e delle interlocuzioni tra le parti, la decisione sembra operare - in modo quasi chirurgico - lo scorporo di alcuni comportamenti da un contesto complesso e articolato che ha visto

l'amministrazione dare avvio ad un *iter* procedimentale (o pre-procedimentale), funzionalmente preordinato all'esercizio del potere.

In altre parole, l'approccio seguito dalla Suprema Corte sembra prendere in esame singoli comportamenti considerati in sé, nel loro aspetto statico.

Ma non si può non tener conto del contenuto dell'affidamento tradito: il danno di cui l'impresa chiede il risarcimento viene prospettato in relazione alla lesione di un'aspettativa sorta da comportamenti, iniziative e attività preliminari dell'amministrazione che hanno indotto a confidare nel favorevole esercizio di un potere amministrativo. Comportamenti, iniziative e attività preliminari che, appunto, sono (o dovrebbero essere) volte alla verifica della sussistenza dei presupposti per il favorevole esercizio di tale potere.

E sotto questo profilo vi è un altro aspetto che deve essere considerato e che riguarda un dato ontologico del potere amministrativo, quello della sua *inesauribilità*^[22]: l'amministrazione investita di un potere ha per ciò stesso il potere di esercitarlo nuovamente.

E' sufficiente il richiamo alla ri-esercitabilità del potere per cogliere come la considerazione segmentata e statica dell'attività procedimentale (o pre-procedimentale) quale comportamento *mero* di una amministrazione, finisca per trascurare un elemento che non può essere trascurato: la discrezionalità di cui – pur con margini molto diversi - è investita l'amministrazione nell'esercizio del potere. Discrezionalità che è certamente rilevante anche nell'attività pre-procedimentale, in quanto preordinata all'esercizio del potere.

Di qui una perplessità in ordine alle modalità di apprezzamento del comportamento dell'amministrazione secondo la clausola della *buona fede oggettiva*: proprio con riferimento alla vicenda in esame, concernente l'atteggiamento *ondivago* nell'attività preordinata al rilascio dell'autorizzazione per la realizzazione del complesso alberghiero, sembra infatti difficile valutare il comportamento dell'amministrazione – in punto di coerenza, di correttezza, di buona fede - scorporandolo dal contesto complessivo entro il quale quell'attività si inserisce, senza tener conto dei mutamenti intervenuti con riguardo all'assetto degli interessi pubblici alla cui realizzazione è preordinato il potere non ancora esercitato.

Nel caso di specie, l'intervento progettato dall'impresa non è stato più realizzabile (nelle dimensioni proposte) per il contrasto con i limiti introdotti da una variante urbanistica adottata dopo la presentazione della domanda, nel corso della lunga fase interlocutoria.

Non v'è dubbio che - dal punto di vista dell'impresa - quella variante possa rappresentare un comportamento scorretto e incoerente, tale da arrecare una lesione dell'affidamento sotto il profilo della violazione del principio generale della *buona fede oggettiva*.

Ma – dal punto di vista dell'interesse pubblico - il richiamo al c.d. postulato della inesauribilità del potere induce a ritenere che l'apprezzamento della buona fede richieda necessariamente una valutazione in ordine alle ragioni sottese alla scelta di procedere all'adozione della variante. In effetti, l'amministrazione, quando si pronuncia sulla domanda del privato, è tenuta a fare riferimento al regime normativo vigente non all'epoca di presentazione della domanda, ma nel momento in cui essa provvede, perché l'ultima disciplina adottata è (o dovrebbe essere) quella che garantisce la più adeguata valutazione dell'interesse pubblico attuale.

A questo proposito non può non richiamarsi il fondamentale studio di Fabio Merusi^[23] che - con grande anticipo - aveva intuito che la verifica giudiziale in ordine alla buona fede dell'amministrazione avrebbe dovuto affidarsi a parametri come la *ragionevolezza* dell'affidamento asserito, la *ragionevole prevalenza dell'interesse pubblico sopraggiunto rispetto alla situazione di affidamento in precedenza determinata*^[24].

Parametri tradizionalmente utilizzati dal giudice amministrativo attraverso la lente di ingrandimento del vizio della funzione che consente ora, nella più moderna declinazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, di assicurare al processo amministrativo una giurisdizione "piena", con l'accesso diretto del giudice al fatto e al materiale probatorio^[25].

È vero, come ha ricordato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - che i doveri di correttezza, buona fede e lealtà non sono incompatibili con l'esercizio di poteri *lato sensu* autoritativi dell'amministrazione^[26]; ma da questa affermazione non può farsi derivare l'assunto secondo cui la violazione di tali doveri comporta necessariamente la lesione di una posizione di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

Non può bastare l'accertamento di un comportamento dell'amministrazione contrario ai canoni della correttezza e della buona fede per escludere la giurisdizione del giudice amministrativo quando tale comportamento - considerato non in sé, ma nel contesto della vicenda in cui si inserisce - sia riconducibile, sia pure mediamente, nell'area dell'esercizio del potere (e quindi nell'ambito di una *inerenza* a una vicenda in cui l'amministrazione agisce come autorità, circostanza sufficiente per attribuire la giurisdizione al giudice amministrativo in quanto giudice, non dell'atto amministrativo, ma dei pubblici poteri^[27]).

Sicché, in ipotesi come quella esaminata, sembra difficile contestare che la posizione soggettiva lesa, pur riferibile all'ambito dell'affidamento tradito, abbia natura di interesse legittimo^[28]. Con la conseguenza che la tutela risarcitoria dovrebbe spettare al giudice amministrativo.

La circostanza che i comportamenti tenuti dall'amministrazione non siano confluiti nell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento (nel caso esaminato, prima dell'instaurazione del giudizio risarcitorio) non dovrebbe dunque rilevare in punto di qualificazione della posizione soggettiva.

Del resto, la vicenda su cui si sono pronunciate le Sezioni Unite mette in luce come sia riduttivo ricondurre le iniziative e le attività poste in essere dall'amministrazione, nel corso della lunga interlocuzione con l'impresa, nell'ambito di comportamenti *meri*. Risulta infatti che in quel caso, insieme a numerosi incontri informali tra i diversi uffici coinvolti nel procedimento autorizzativo, vi siano stati anche atti formali - seppure infra o pre-procedimentali - come la richiesta di acquisizione e la successiva espressione del parere da parte della Commissione urbanistica, la richiesta di parere alla Regione in ordine alla compatibilità dell'iniziativa con il Piano per l'Assetto Idrogeologico Regionale, a seguito della rielaborazione del progetto suggerita all'impresa dallo stesso Comune in esito alle interlocuzioni con le diverse amministrazioni interessate.

A ben vedere, più che di comportamenti *meri*, sembra trattarsi di segmenti procedimentali o pre-procedimentali. Anzi, per riprendere la storica definizione sandulliana, sembra proprio trattarsi di "*una serie di atti [...] e di operazioni [...], posti in essere da un unico o da diversi agenti,*

solitamente culminanti in un provvedimento, e strutturalmente e funzionalmente collegati dall'obbiettivo avuto di mira, e perciò appunto coordinati in procedimento^[29].

Dunque, la mancata adozione del provvedimento conclusivo del procedimento non sembra impedire una considerazione unitaria di quell'insieme di atti, dialoghi, interlocuzioni, unificati dall'essere – tutti – preordinati all'esercizio del potere invocato nella domanda rivolta all'amministrazione.

Con la conseguenza che, con riguardo al caso di specie, la posizione soggettiva dell'impresa – la quale, con la propria iniziativa, ha dato avvio a quel complesso di attività, comunque funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico – ben potrebbe essere qualificata come interesse legittimo *procedimentale*^[30].

Sotto questo profilo va anzi rilevato come proprio la riconducibilità della responsabilità da lesione dell'affidamento nell'ambito della responsabilità da *contatto qualificato* – affermata dalle Sezioni Unite - sembra necessariamente presupporre una *relazione*, un rapporto, dunque un contesto quasi-procedimentale, piuttosto che una serie di comportamenti *meri*, considerati singolarmente e non nel loro aspetto dinamico e d'insieme.

In ogni caso, anche a voler ipotizzare che, in vicende come quella esaminata, la lesione dell'affidamento abbia natura di diritto soggettivo, dovrebbe ritenersi che – nelle materie di giurisdizione esclusiva - la tutela spetti comunque al giudice amministrativo.

Ma non v'è dubbio che una distinzione in punto di giurisdizione con riguardo al medesimo comportamento – attribuita al giudice ordinario ove la lesione dell'affidamento sia lamentata sotto il profilo della violazione della *buona fede oggettiva*, attribuita invece al giudice amministrativo ove tale lesione sia lamentata sotto il profilo della violazione delle norme che disciplinano il corretto esercizio del potere cui il comportamento sia mediamente riconducibile – finirebbe per incidere fortemente sul principio di concentrazione della tutela giurisdizionale.

Come è stato autorevolmente osservato^[31], la regola della concentrazione delle tutele costituisce applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale - di cui all'articolo 24 della Costituzione - e cioè del principio che più di ogni altro, sul piano generale, ha contribuito negli ultimi anni all'evoluzione della giurisdizione amministrativa ed alla sua nuova configurazione. È in nome del principio di effettività – si sottolinea - che la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità dell'attribuzione al giudice amministrativo di poteri risarcitori, indicando, nel criterio della concentrazione delle tutele, una modalità di attuazione dell'effettività.

E dunque - soprattutto con riferimento ai casi di annullamento del provvedimento favorevole illegittimo - l'orientamento seguito dalle Sezioni Unite non solo potrebbe tradursi in un *vulnus* al principio della concentrazione delle tutele, ma renderebbe più frequente il rischio di contrasto tra giudicati, se si considera il consistente numero di contenziosi che nascono dall'annullamento in autotutela di provvedimenti favorevoli (concernenti per lo più il caso della revoca dell'atto di aggiudicazione di una gara o quello dell'annullamento del titolo edilizio, oggetto entrambi delle richiamate ordinanze del 2011).

Del resto, come si è osservato acutamente^[32], il diritto amministrativo sembra ormai orientato a riconoscere che – anche nei rapporti amministrativi – l'affidamento possa essere fonte di obbligazioni patrimoniali a carico dell'amministrazione. L'approdo finale del principio di affidamento nel diritto amministrativo – si sottolinea - “*non è la garanzia di un risultato favorevole al cittadino in conseguenza dell'affidamento, ma è l'introduzione di una variabile specifica nell'esercizio di un potere discrezionale*”. Con la conseguenza che l'affidamento – da ricercarsi non sul piano sostanziale ma su quello procedimentale – si risolve attraverso la ponderazione e il bilanciamento degli interessi. Una tale tecnica consente di mettere a confronto la garanzia del potere amministrativo (e quindi anche del suo riesercizio) con le ragioni dell'affidamento del privato, che mirano alla conservazione della posizione di vantaggio già riconosciuta dall'amministrazione.

Infine un ultimo profilo: quello degli effetti *extra processuali* del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno arrecato da un comportamento ritenuto contrario alla clausola della *buona fede oggettiva* alla stregua di una verifica condotta in astratto, senza considerazione per l'intreccio degli interessi pubblici e privati coinvolti nella vicenda.

E' tutt'altro che improbabile che i dirigenti degli apparati – per evitare il rischio di essere chiamati a rispondere dei danni cagionati da un comportamento che, scorporato da un tale complesso contesto, possa essere ritenuto *ondivago* o disorientante – preferiscano proteggersi con un ritorno alla *burocrazia difensiva*^[33].

In altre parole - soprattutto di fronte a progetti di notevole rilevanza economica, fortemente incidenti in materia ambientale o storico-paesaggistica e che dunque richiedono istruttorie particolarmente complesse – potrebbe prevalere la scelta del percorso procedimentale più *sicuro*. Percorso che certamente non coincide con quello dell'attuazione sostanziale, e non solo formale, dei principi della partecipazione procedimentale.

Verrebbe in questo senso abbandonata ogni iniziativa, da parte dei responsabili degli uffici, volta ad avviare in via informale - in una sorta di leale collaborazione con cittadini e imprese, e spesso con le altre amministrazioni coinvolte dall'iniziativa – una pre-verifica ai fini della valutazione delle diverse soluzioni possibili, in vista della conclusione del procedimento (eventualmente, anche attraverso la definizione concordata del contenuto del provvedimento, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990).

Con il rischio, se così fosse, di tradire una delle prime finalità della legge sul procedimento, proprio al compimento del suo trentesimo compleanno.

[1]. Cass. Civ., SS.UU., ord. 21 settembre 2020, n. 19677.

[2]. Cfr., M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *Federalismi.it*, n. 7/2011. Cfr., altresì, R. Villata che - in *Spigolature “stravaganti” sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857 ss. - osserva come la mancata estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie risarcitorie tramite il riconoscimento di un'ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva abbia consentito alla Cassazione di tentare di riappropriarsi della giurisdizione su questioni risarcitorie collegate all'esercizio del potere.

[3]. Cfr., A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 2011, I, 2398.

[4]. Cfr., in particolare, le ordinanze delle Sezioni Unite 4 settembre 2015, n. 17586; 22 maggio 2017, n. 12799; 22 giugno 2017, n. 15640; 2 agosto 2017, n. 19171; 23 gennaio 2018, n. 1654; 2 marzo 2018, n. 4996; 24 settembre 2018, n. 22435; 13 dicembre 2018, n. 32365; 19 febbraio 2019, n. 4889; 8 marzo 2019, n. 6885 e 13 maggio 2019, n. 12635. In senso contrario, invece – anche se con riguardo alle sole materie di giurisdizione esclusiva – Cass. Civ., SS.UU., ord., 21 aprile 2016, n. 8057, e Cass. Civ., SS.UU., 29 maggio 2017, n. 13454, secondo cui, in tali materie, la giurisdizione sulle domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati appartiene al giudice amministrativo.

[5]. Cfr. VI, 27 settembre 2016, n. 3997.

[6]. Si richiamano, in proposito, le argomentazioni critiche di C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 547 ss. e di G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it* – Dottrina, 2016.

[7]. Cfr. sentenza n. 404 del 2009 del Tribunale di Civitavecchia.

[8]. Si richiamano, in particolare, gli approfonditi commenti di G. Tulumello, *“Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la “resistibile ascesa” del contatto sociale”*, in *www.giustizia-amministrativa.it* - Dottrina, 2020; di V. Neri, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2020 e di G. Tropea, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *Giustizia insieme*, 2020.

[9]. Ai sensi, rispettivamente, dell'art. 133, comma 1, lettera d), n.1 e dell'art. 133, comma 1, lettera f), cod. proc. amm..

[10]. Il preavviso di rigetto in ordine al provvedimento conclusivo del lungo procedimento (diniego di rilascio del permesso di costruire in deroga) è stato infatti comunicato all'impresa quando già era stata avviata l'azione risarcitoria nei confronti del Comune davanti al giudice ordinario.

[11]. Così F. Volpe, in *“Una nuova geografia delle tutele? Risarcimenti, annullamento e buona fede alla luce dei nuovi orientamenti e delle riforme”*, relazione introduttiva al convegno *Le giurisdizioni “sconfinate”, webinar*, 13 novembre 2020.

[12]. Si richiama, a questo proposito, quanto in precedenza affermato dalla stessa Suprema Corte (Cass. Civ., SS.UU., 15 novembre 2007, n. 23726): *“viene in rilievo l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale”*.

[13]. La garanzia costituzionale del principio di affidamento, secondo l'orientamento della Corte costituzionale, va invece individuata nell'articolo 3 Cost. (*ex multis*, Corte cost. 27 giugno 2017, n. 149).

[14]. In ordine alla diversità - *“per funzione e per struttura”* - delle due figure, si rinvia all'approfondito studio di F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 827.

[15]. Sul punto, l'ordinanza in esame richiama la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 maggio 2018, n. 5. Questa sentenza - riprendendo quanto rilevato in dottrina con riguardo alla possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento - rileva come *“in questi casi il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico”*, aggiungendo come si tratti di *“una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale”*.

[16]. Sul punto la decisione in commento chiarisce che *“La nozione di ‘diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio’ risulta ... priva di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto”*.

[17]. Così, Cass. Civ., I sez., n. 14188 del 12 luglio 2016, con cui la Suprema Corte ha rimeditato l'inquadramento della responsabilità precontrattuale ai sensi degli articoli 1337 e 1338 del codice civile.

- [18]. Cfr., in particolare, F. Volpe, in “Una nuova geografia delle tutele?” cit., relazione introduttiva al convegno *Le giurisdizioni “sconfinate”*, webinar, 13 novembre 2020.
- [19]. Orientamento confermato, da ultimo, da Cass. Civ., SS.UU., sent. 15 gennaio 2021, n. 615.
- [20]. Cfr., in particolare, F. Volpe, in “Una nuova geografia delle tutele?” cit., relazione introduttiva al convegno *Le giurisdizioni “sconfinate”*, webinar, 13 novembre 2020.
- [21]. Il nuovo comma 2 bis, aggiunto all’art. 1 della legge n. 241 del 1990, stabilisce che “*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”. Il comma - aggiunto dall’art. 12, comma 1, lett. 0a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 – rende esplicito il principio cui si ispirano tutte le disposizioni del Capo III della legge n. 241 del 1990 sulla partecipazione al procedimento amministrativo.
- [22]. A. Travi, *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 126.
- [23]. *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- [24]. Si vedano sul punto le considerazioni di G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull’azione risarcitoria autonoma a tutela dell’affidamento*, cit., che, con riguardo a tale azione risarcitoria autonoma a tutela dell’affidamento, rileva come risulti “*evidente l’estraneità dell’attrezzatura processuale del giudice civile in un giudizio siffatto*”.
- [25]. Cfr., F. Patroni Griffi, *Le giurisdizioni “sconfinate”*, relazione al convegno *Le giurisdizioni “sconfinate”*, webinar, 13 novembre 2020.
- [26]. Cfr., Cons. St., Ad. Pl. n. 5 del 2018 cit., ove si osserva come anche nella fase ad evidenza pubblica, che precede l’aggiudicazione della gara, «*non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)*».
- [27]. Cfr. Corte Cost., sentenze n. 204 del 6 luglio 2004 cit. e n. 191 dell’11 maggio 2006.
- [28]. Come osserva autorevolmente F.G. Scoca - *L’interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 255 - sembra difficile ricostruire come diritti soggettivi “*pretese, o ‘facoltà’, partecipative*” che “*sono strumenti di sostegno, e di esercizio, nel procedimento, dell’interesse legittimo, di cui sono titolari i privati*”.
- [29]. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene Editore, Napoli 1974.
- [30]. Sulle diverse ricostruzioni elaborate dalla dottrina in ordine alla natura giuridica degli interessi legittimi *procedimentali*, si rinvia a F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII Edizione, 2020, Parte I, Sezione I, Capitolo 1.
- [31]. Così A. Quaranta, *Il processo amministrativo - Commentario al D. lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, *Introduzione*, 58.
- [32]. A. Travi, *La tutela dell’affidamento* cit., in *Dir. pubbl.*, 2018, 131.
- [33]. Cfr., G. Tulumello, “*Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale*” cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1541 - 11 febbraio 2021

Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza

di Maddalena Filippi, Presidente TAR Veneto

Sommario: 1. Il tema – 2. Le obiezioni della dottrina – 3. La giurisprudenza della Cassazione successiva alle ordinanze *gemelle* - 4. La lesione dell'affidamento in assenza di provvedimento – 5. Un'ipotesi di *sconfinamento*?

1. Il tema

Il tema è quello della tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza.

Con una recente ordinanza^[1], le Sezioni Unite della Cassazione hanno confermato il principio - affermato nelle tre ordinanze *gemelle* del 2011 (nn. 6594, 6595 e 6596) - con riguardo all'individuazione del giudice competente a decidere dei danni conseguenti al rilascio di un provvedimento favorevole, poi annullato in via di autotutela o dal giudice amministrativo.

Con quelle decisioni le Sezioni Unite hanno ritenuto che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la domanda con cui il destinatario di un provvedimento illegittimo, ampliativo della sua sfera giuridica, chiedi il risarcimento del danno subito a causa dell'emanazione dell'atto favorevole (illegittimo) e del successivo (legittimo) annullamento di tale provvedimento, in sede giurisdizionale o a seguito dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione che ha emanato l'atto.

E' il caso, tutt'altro che raro, del beneficiario di un titolo edilizio annullato - d'ufficio o su ricorso di altro soggetto - in quanto illegittimo, che chiedi il risarcimento dei danni subiti per

avere confidato nella apparente legittimità del titolo (ord. nn. 6594 e 6595); è il caso, tutt'altro che raro, dell'impresa che chieda il risarcimento lamentando la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione di una gara apparentemente legittimo, poi legittimamente annullato (ord. n. 6596). Si trattava dunque di controversie concernenti materie di giurisdizione esclusiva.

In queste ipotesi – hanno rilevato le Sezioni Unite – la competenza non appartiene al giudice amministrativo perché la domanda autonoma di risarcimento non riguarda l'accertamento dell'illegittimità del titolo edilizio o dell'aggiudicazione (illegittimità che, semmai, la parte avrebbe avuto interesse a contrastare nel giudizio amministrativo promosso dal controinteressato).

La domanda ha invece ad oggetto l'accertamento del comportamento illecito dell'amministrazione per aver ingenerato, nel cittadino come nell'impresa, il convincimento di poter legittimamente realizzare l'intervento edilizio assentito o di poter legittimamente eseguire l'appalto aggiudicato.

Al giudice ordinario si chiede dunque di accertare l'avvenuta violazione del principio del *neminem laedere*, cioè di quell'insieme di doveri di comportamento il cui contenuto prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che ne è responsabile, insieme di doveri di comportamento che anche l'amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare.

2. Le obiezioni della dottrina

Non si può non ricordare che le tre ordinanze *gemelle* sono state emanate a pochi mesi dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Tanto è vero che nei primi commenti si parlò di decisioni “perturbatrici” del *lodo* raggiunto in ordine al riparto di giurisdizione. In effetti, la formulazione degli articoli 7 e 30 del codice recepisce - nel rispetto della *summa divisio* scolpita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004 – una sorta di *accordo* raggiunto tra i vertici delle giurisdizioni nel corso dei lavori della Commissione incaricata di predisporre il testo del primo codice del processo amministrativo. Accordo secondo cui, con riguardo all'azione risarcitoria, la linea di confine tra le due giurisdizioni va collocata nella riconoscibilità – o meno – di un collegamento, mediato o immediato, tra l'evento individuato come fonte del danno e l'esercizio di un potere amministrativo.

Una parte della dottrina evidenziò subito come il principio affermato dalla Cassazione con le richiamate ordinanze *gemelle* non fosse coerente con la scelta compiuta dal codice del processo amministrativo, chiarissima – quest'ultima - nel senso di attribuire alla cognizione del giudice amministrativo *tutti* gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dall'esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l'amministrazione¹²¹.

Si è osservato, in particolare, come la circostanza che il danno non sia *immediatamente* cagionato dal provvedimento – che appare legittimo – ma emerga solo dopo l'annullamento dell'atto, sia questione che attiene esclusivamente al piano cronologico. Si tratta di circostanza che invece non incide sulla ricollegabilità diretta del pregiudizio - sul versante eziologico, rilevante ai sensi dell'art. 1223 c.c. - all'adozione del provvedimento amministrativo.

Sicché - sotto il profilo della giurisdizione - azione caducatoria e azione risarcitoria sono da considerarsi equipollenti in quanto entrambe volte a contestare il *cattivo esercizio del potere* a fronte di posizioni di interesse legittimo.

In questo senso, dunque, il principio affermato dalla Cassazione in punto di tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione – specie con riguardo alle ipotesi ricadenti nell'ambito della giurisdizione esclusiva – doveva ritenersi non del tutto coerente con il criterio fondamentale di riparto individuato dalla Corte costituzionale nella *inerenza* dell'azione amministrativa all'esercizio di un potere pubblico.

Nei primi commenti alle ordinanze *gemelle* si è d'altra parte sottolineato come la lesione di un interesse legittimo si configuri anche quando l'amministrazione illegittimamente rilasci al cittadino un provvedimento favorevole che ben può costituire la fonte di una lesione a tale posizione di interesse legittimo. Tanto che – sotto il profilo della tutela – si è addirittura dubitato della necessità di *scomodare* la figura dell'affidamento per risarcire un tale tipo di danno^[3].

3. La giurisprudenza della Cassazione successiva alle ordinanze *gemelle*

L'orientamento affermato dalla Cassazione nel 2011, con riguardo alla giurisdizione sui danni arrecati dall'annullamento di un provvedimento favorevole ma illegittimo, è stato successivamente confermato in diverse pronunce^[4] (anche del Consiglio di Stato)^[5].

E' da ricordare, in particolare, l'ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586^[6], perché la motivazione che sorregge la decisione dimostra l'attenzione con cui la Cassazione ha seguito il dibattito della dottrina e le perplessità suscitate dal principio affermato sul punto.

Con questa ordinanza la Cassazione ha sottolineato come il principio riguardi ipotesi nelle quali l'esercizio del potere amministrativo (l'autotutela), o comunque l'annullamento giurisdizionale del provvedimento, rilevano non in sé, ma per l'efficacia causale del *danno evento* da affidamento incolpevole.

Ciò che viene messo in luce, in questa prospettiva, non è la modalità di esercizio del potere, ma il diritto soggettivo - di colui che ha ottenuto il provvedimento favorevole - a mantenere nel proprio patrimonio la consistenza sostanziale di questo diritto.

La lesione dell'affidamento creato dal provvedimento favorevole è dunque fonte di una responsabilità che - nella ricostruzione operata dalle Sezioni Unite con l'ordinanza del 2015 – è ricondotta nell'ambito delle “responsabilità da comportamento” dell'amministrazione.

Il danno considerato ai fini dell'accertamento della responsabilità non viene in rilievo come conseguenza del provvedimento, pur illegittimo, perché non deriva dal cattivo esercizio di un potere autoritativo. Dunque tale accertamento non richiede alcuna verifica in ordine alla legittimità degli atti posti in essere dall'amministrazione, non richiede il previo annullamento di questi atti, ma pone il baricentro nella fase di *contatto* tra il privato e l'amministrazione: il solo presupposto su cui si fonda tale responsabilità viene individuato nella lesione dell'affidamento in questa fase di *contatto*.

Così inquadrata la fattispecie di responsabilità – ed esclusa ogni possibile riconduzione nell'ambito del perimetro segnato dall'articolo 7 del codice del processo amministrativo - le Sezioni Unite confermano il principio affermato con le ordinanze *gemelle* del 2011, rilevando come il diritto al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento non appartenga alla giurisdizione del giudice amministrativo anche quando tale affidamento si sia formato in una materia che rientri nella giurisdizione esclusiva dello stesso giudice amministrativo.

Da tale impostazione deriva che il privato, quando agisce in giudizio per il risarcimento del danno da lesione del legittimo affidamento, non porta come *causa petendi* l'illegittimità del provvedimento (da cui deriverebbe la giurisdizione del giudice amministrativo), ma fa valere la lesione di una nuova situazione di diritto soggettivo – il diritto alla conservazione dell'integrità patrimoniale - restando irrilevante ogni collegamento con il provvedimento e con l'esercizio autoritativo del potere dell'amministrazione.

La giurisdizione non può dunque essere attribuita al giudice amministrativo perché la lesione dell'affidamento del privato, e quindi del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, deriva dal realizzarsi di una fattispecie complessa rispetto alla quale l'illegittimo esercizio del potere da parte dell'amministrazione ha costituito solo uno, sia pure importante ma non necessario, dei fattori che hanno leso l'integrità patrimoniale del privato. Il provvedimento, sottolineano le Sezioni Unite, ha rappresentato soltanto "l'occasione" per ledere la sfera del privato.

Da ultimo, con l'ordinanza del 21 settembre 2020, n. 19677, le Sezioni Unite ribadiscono – sempre con riguardo ad analoghe fattispecie - che la domanda di risarcimento esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo in ragione della *causa petendi*.

In quel caso, in particolare, la società attrice non aveva messo in discussione l'illegittimità dell'atto ampliativo della sua sfera giuridica, annullato *ope iudicis* (si trattava dell'aggiudicazione di una gara); né aveva rimproverato all'amministrazione l'esercizio illegittimo di un potere consumato nei suoi confronti. La parte attrice aveva lamentato la lesione del proprio affidamento sulla legittimità dell'atto annullato e aveva domandato il risarcimento del danno (ovvero la condanna al pagamento dell'indennizzo o alla restituzione dell'indebitato) per avere orientato le proprie scelte negoziali e imprenditoriali confidando, fino all'annullamento, nella legittimità dell'atto (e per avere sostenuto spese di esecuzione del contratto di appalto stipulato a seguito della gara).

Il Tribunale adito^[4] aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a favore del giudice amministrativo sul rilievo che la posizione soggettiva dell'impresa di fronte all'esercizio illegittimo dell'attività provvedimentale non può considerarsi una fattispecie suscettibile di metamorfosi a seconda della diversa tutela - caducatoria o risarcitoria - invocata, ma mantiene una sostanziale unitarietà che rileva ai fini del riparto di giurisdizione. Con la conseguenza che - qualora la parte invochi, pure in via autonoma, la tutela risarcitoria per un danno cagionato dallo scorretto esercizio del potere - la posizione soggettiva lesa deve comunque ritenersi di interesse legittimo, considerata la riconducibilità della fattispecie nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il giudice della giurisdizione ha invece confermato il principio secondo cui per predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa occorre che il danno del quale si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione sia *causalmente* collegato all'illegittimità dell'atto: in quel caso – come evidenziato dalla *causa petendi* - il risarcimento

veniva chiesto non in relazione al danno provocato dall'illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì come conseguenza della lesione dell'affidamento ingenerato dall'atto di aggiudicazione apparentemente legittimo.

4. La lesione dell'affidamento in assenza di provvedimento

Con l'ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236^[8], le Sezioni Unite hanno aggiunto un segmento ulteriore al principio affermato, a partire dal 2011, in tema di tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: la Cassazione si è infatti pronunciata sulla domanda di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento nel caso in cui non venga in gioco alcun provvedimento illegittimamente ampliativo, poi annullato in autotutela o in sede giurisdizionale.

Il caso è stato affrontato dalle Sezioni Unite in sede di regolamento preventivo di giurisdizione proposto da un Comune a seguito della domanda di risarcimento dei danni presentata da un'impresa di costruzioni che lamentava il falso affidamento ingenerato dal comportamento "ondivago" dell'amministrazione. Il danno prospettato riguardava la sola condotta dell'amministrazione, indipendentemente da ogni connessione con invalidità provvedimentali e, addirittura, indipendentemente dalla stessa esistenza di un provvedimento.

In particolare, nell'atto di citazione davanti al giudice ordinario, la parte attrice aveva evidenziato come - a fronte della presentazione di un progetto di massima per la realizzazione di un complesso alberghiero su un terreno di proprietà dell'impresa - il Comune avesse dapprima riconosciuto la rilevanza, sotto il profilo dell'interesse pubblico, dell'intervento progettato, senza però consentire, a distanza di anni, la favorevole conclusione del procedimento.

Nel frattempo era stata infatti adottata una variante urbanistica che, anche per effetto delle osservazioni regionali accolte dal Comune, l'impresa aveva ritenuto eccessivamente limitativa quanto alle potenzialità edificatorie.

Per oltre quattro anni - si lamentava - il Comune aveva interloquito e dialogato con l'impresa attraverso rassicurazioni in ordine all'esito favorevole del procedimento, richieste di integrazione documentale, suggerimenti di soluzioni migliorative, pareri anche favorevoli, per poi giungere all'esito del tutto insoddisfacente per l'interessata: un tale comportamento *ondivago* doveva ritenersi rilevante non solo sotto il profilo della violazione dei termini di conclusione del procedimento, ma soprattutto in punto di lesione dell'affidamento al rilascio del titolo richiesto per la realizzazione dell'intervento.

Proprio in relazione al doppio profilo contestato dall'impresa con la domanda di risarcimento, il Comune ha proposto il regolamento di giurisdizione ritenendo che sulla questione fosse competente il giudice amministrativo. Tanto la fattispecie del danno da ritardo per violazione dei termini procedimentali, quanto la fattispecie del danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa in materia edilizia ed urbanistica - ha rilevato la parte convenuta - rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo^[9].

In effetti, in questo senso ha concluso il Procuratore Generale che, condividendo quanto sostenuto dal Comune, si è espresso per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo. In particolare il Procuratore Generale ha ritenuto che i principi enunciati nelle ordinanze *gemelle* non fossero applicabili alla vicenda in quanto essi “*postulano l'esistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, sulla cui legittimità il medesimo privato abbia fatto affidamento e che successivamente sia stato caducato, in via di autotutela o in sede giurisdizionale*”. Provvedimento che nella specie non era stato adottato^[10].

Le Sezioni Unite ritengono invece che il caso rientri nella giurisdizione ordinaria e propongono una lettura ancora più dilatata del principio di affidamento.

Il piano di valutazione non è quello dell'invalidità (di diritto pubblico) del provvedimento, ma quello, distinto, della sua conformità ai principi civilistici e alle clausole generali^[11].

Prima, tra queste “clausole generali” del sistema ordinamentale, la clausola della *buona fede oggettiva* che abbraccia sia un dovere negativo di evitare comportamenti scorretti, informazioni sbagliate, reticenze, sia un dovere positivo di comportamento collaborativo.

Un dovere di comportamento collaborativo che – alla luce dell'articolo 2 della Costituzione^[12] – interpreta il dovere di solidarietà sociale come “dovere di protezione” quando tra i consociati si instaurano “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente “qualificati” tali da generare ragionevoli affidamenti sulla condotta corretta e protettiva altrui^[13].

Ciò che viene in rilievo non è, dunque, l'inerzia o il ritardo da parte dell'amministrazione rispetto all'obbligo di concludere il procedimento, ma - al contrario - un comportamento positivo e generatore di aspettative poi deluse, rispetto ad un rapporto tacito di fiducia tra le parti che si svolge interamente sul “piano paritario” e che per questo non può che essere affidato al giudice ordinario.

E' interessante rilevare come le Sezioni Unite, riprendendo una distinzione già sottolineata da una parte della dottrina, pongano l'accento sulla non sovrapponibilità della nozione di affidamento propria della disciplina dell'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo rispetto alla nozione di affidamento a cui si fa riferimento nelle tre ordinanze del 2011, e nelle successive pronunce che alle stesse si sono uniformate.

L'affidamento tutelato dalla disciplina dettata dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio “*prescinde da considerazioni legate all'elemento soggettivo della condotta dell'amministrazione e delle parti private (colpa, diligenza, buona fede etc.) e si risolve nella verifica della legittimità degli atti formali attraverso cui si esprime il potere discrezionale dell'amministrazione di ponderare l'interesse pubblico alla rimozione di un atto illegittimo con gli interessi privati del beneficiario di tale atto e degli eventuali controinteressati*”.

Al contrario, il modello di tutela che viene in rilievo nelle ordinanze *gemelle* è “*una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede*”.

Ne deriva, dunque, una chiara distinzione tra la nozione di affidamento *legittimo* e quella di affidamento *incolpevole*^[14].

L'*affidamento legittimo*, secondo questa ricostruzione, trova protezione nel rapporto amministrativo: la struttura del procedimento è preordinata a prevenire la lesione dell'affidamento attraverso una serie di regole la cui violazione dà luogo all'invalidità provvedimentale (regole che impongono lo svolgimento di una istruttoria adeguata nel rispetto del contraddittorio; che richiedono la considerazione degli interessi dei destinatari del provvedimento come dei controinteressati; che fissano limiti temporali al potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi; che prevedono un indennizzo in caso di revoca di un atto che rechi pregiudizio agli interessati).

Ma la Suprema Corte ha osservato come – quando tali regole siano state rispettate e quindi risulti legittimo l'annullamento in sede di autotutela dell'atto amministrativo favorevole – sia configurabile la lesione del diverso affidamento che derivi non dalla *invalidità di diritto pubblico* del provvedimento, ma dalla mancata conformità ai principi civilistici e alle clausole generali del comportamento tenuto dall'amministrazione.

Il modello di tutela che viene in rilievo a fronte di una situazione di affidamento *incolpevole* – mette in luce l'ordinanza - muove da un piano di valutazione diverso che pone al centro il dovere di correttezza e di *buona fede oggettiva*, configurabile in capo all'amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione di qualsiasi provvedimento, o dall'esistenza di trattative tra le parti, perché si colloca in una dimensione relazionale^[15].

Questo affidamento secondo buona fede – perché inteso come fiducia riposta nella correttezza altrui - non assume rilevanza giuridica se non nel momento in cui l'affidamento è stato deluso.

Con riguardo all'oggetto della lesione, le Sezioni Unite puntualizzano che – contrariamente a quanto affermato dalla stessa Corte a partire dalle ordinanze gemelle - la situazione soggettiva lesa dalla delusione delle aspettative generate dal comportamento della pubblica amministrazione non va individuata nel diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio, ma “*si identifica nell'affidamento della parte privata nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione*”^[16].

Il danno consegue dunque non alla violazione di un dovere di prestazione, come si verifica in caso di lesione dell'affidamento legittimo, ma alla violazione di un “*dovere di protezione*”, il quale sorge non da un contratto, ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione ed il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima.

Si tratta quindi di una forma di responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione nei confronti di un cittadino che si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione, solidarietà e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*.

Dunque – affermano le Sezioni Unite - la natura di tale forma di responsabilità della pubblica amministrazione non può che essere ricondotta nell'ambito della responsabilità contrattuale da *contatto sociale qualificato*, il cui elemento qualificante va individuato non nella colpa, bensì

nella violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti^[17].

5. Un'ipotesi di *sconfinamento*?

Come è stato recentemente suggerito^[18], l'orientamento delle Sezioni Unite in tema di responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento^[19] potrebbe aprire una prospettiva più ampia circa la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo che si presta ad essere estesa ad altre ipotesi - oltre a quella degli interventi amministrativi di secondo grado - sino a comprendere la generalità delle ipotesi in cui sia denunciabile la lesione della *buona fede oggettiva*^[20].

La considerazione può senz'altro essere condivisa. Ma il punto è l'individuazione del giudice chiamato ad occuparsi di questa tutela.

Può ritenersi che - per attribuire la giurisdizione al giudice ordinario - sia sufficiente il richiamo al parametro della *buona fede oggettiva* o la riconduzione della responsabilità dell'amministrazione nell'ambito della responsabilità da *contatto qualificato*?

È vero che un numero sempre maggiore di norme di matrice privatistica è diventata regola del diritto amministrativo. Basti pensare alla recente consacrazione dei principi della collaborazione e della buona fede come cardini del procedimento^[21].

Non v'è dubbio, d'altra parte, che la vicenda oggetto della richiamata ordinanza delle Sezioni Unite sia emblematica di una esperienza comune a tanti cittadini e a tante imprese: è infatti frequente che, dopo essersi rivolti all'amministrazione - per dare avvio ad un'attività economica, per realizzare un intervento edilizio o un progetto di trasformazione urbanistica - cittadini e imprese abbiano confidato nella favorevole conclusione del procedimento sulla scorta dell'affidamento ingenerato dal comportamento propulsivo dell'amministrazione e dalla positiva valutazione da questa espressa con riguardo al rilievo dell'iniziativa, per poi trovarsi di fronte, a distanza di tempo, ad un orientamento conclusivo del tutto diverso.

E dunque non v'è dubbio che l'apprezzamento - affidato al giudice dei diritti - del comportamento dell'amministrazione sotto il profilo del rispetto dei principi civilistici e delle clausole generali, prima fra tutte quella della *buona fede oggettiva*, potrebbe costituire un modello di tutela particolarmente efficace a fronte di lesioni arrecate all'affidamento ingenerato dall'amministrazione in situazioni come quelle appena richiamate.

Un tale apprezzamento - appunto perché muove dall'assunto che la controversia escluda qualsiasi collegamento, anche mediato, con l'esercizio del potere - è limitato alla considerazione di comportamenti *meri*.

A ben vedere, proprio l'esame della fattispecie cui si riferisce l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 8236 del 2020 induce a chiedersi se l'orientamento affermato non rischi di affrontare la questione su un piano eccessivamente astratto.

In effetti, tenuto conto della vicenda descritta e in particolare del dialogo e delle interlocuzioni tra le parti, la decisione sembra operare - in modo quasi chirurgico - lo scorporo di alcuni comportamenti da un contesto complesso e articolato che ha visto

l'amministrazione dare avvio ad un *iter* procedimentale (o pre-procedimentale), funzionalmente preordinato all'esercizio del potere.

In altre parole, l'approccio seguito dalla Suprema Corte sembra prendere in esame singoli comportamenti considerati in sé, nel loro aspetto statico.

Ma non si può non tener conto del contenuto dell'affidamento tradito: il danno di cui l'impresa chiede il risarcimento viene prospettato in relazione alla lesione di un'aspettativa sorta da comportamenti, iniziative e attività preliminari dell'amministrazione che hanno indotto a confidare nel favorevole esercizio di un potere amministrativo. Comportamenti, iniziative e attività preliminari che, appunto, sono (o dovrebbero essere) volte alla verifica della sussistenza dei presupposti per il favorevole esercizio di tale potere.

E sotto questo profilo vi è un altro aspetto che deve essere considerato e che riguarda un dato ontologico del potere amministrativo, quello della sua *inesauribilità*^[22]: l'amministrazione investita di un potere ha per ciò stesso il potere di esercitarlo nuovamente.

E' sufficiente il richiamo alla ri-esercitabilità del potere per cogliere come la considerazione segmentata e statica dell'attività procedimentale (o pre-procedimentale) quale comportamento *mero* di una amministrazione, finisca per trascurare un elemento che non può essere trascurato: la discrezionalità di cui – pur con margini molto diversi - è investita l'amministrazione nell'esercizio del potere. Discrezionalità che è certamente rilevante anche nell'attività pre-procedimentale, in quanto preordinata all'esercizio del potere.

Di qui una perplessità in ordine alle modalità di apprezzamento del comportamento dell'amministrazione secondo la clausola della *buona fede oggettiva*: proprio con riferimento alla vicenda in esame, concernente l'atteggiamento *ondivago* nell'attività preordinata al rilascio dell'autorizzazione per la realizzazione del complesso alberghiero, sembra infatti difficile valutare il comportamento dell'amministrazione – in punto di coerenza, di correttezza, di buona fede - scorporandolo dal contesto complessivo entro il quale quell'attività si inserisce, senza tener conto dei mutamenti intervenuti con riguardo all'assetto degli interessi pubblici alla cui realizzazione è preordinato il potere non ancora esercitato.

Nel caso di specie, l'intervento progettato dall'impresa non è stato più realizzabile (nelle dimensioni proposte) per il contrasto con i limiti introdotti da una variante urbanistica adottata dopo la presentazione della domanda, nel corso della lunga fase interlocutoria.

Non v'è dubbio che - dal punto di vista dell'impresa - quella variante possa rappresentare un comportamento scorretto e incoerente, tale da arrecare una lesione dell'affidamento sotto il profilo della violazione del principio generale della *buona fede oggettiva*.

Ma – dal punto di vista dell'interesse pubblico - il richiamo al c.d. postulato della inesauribilità del potere induce a ritenere che l'apprezzamento della buona fede richieda necessariamente una valutazione in ordine alle ragioni sottese alla scelta di procedere all'adozione della variante. In effetti, l'amministrazione, quando si pronuncia sulla domanda del privato, è tenuta a fare riferimento al regime normativo vigente non all'epoca di presentazione della domanda, ma nel momento in cui essa provvede, perché l'ultima disciplina adottata è (o dovrebbe essere) quella che garantisce la più adeguata valutazione dell'interesse pubblico attuale.

A questo proposito non può non richiamarsi il fondamentale studio di Fabio Merusi^[23] che - con grande anticipo - aveva intuito che la verifica giudiziale in ordine alla buona fede dell'amministrazione avrebbe dovuto affidarsi a parametri come la *ragionevolezza* dell'affidamento asserito, la *ragionevole prevalenza dell'interesse pubblico sopraggiunto rispetto alla situazione di affidamento in precedenza determinata*^[24].

Parametri tradizionalmente utilizzati dal giudice amministrativo attraverso la lente di ingrandimento del vizio della funzione che consente ora, nella più moderna declinazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, di assicurare al processo amministrativo una giurisdizione "piena", con l'accesso diretto del giudice al fatto e al materiale probatorio^[25].

È vero, come ha ricordato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - che i doveri di correttezza, buona fede e lealtà non sono incompatibili con l'esercizio di poteri *lato sensu* autoritativi dell'amministrazione^[26]; ma da questa affermazione non può farsi derivare l'assunto secondo cui la violazione di tali doveri comporta necessariamente la lesione di una posizione di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

Non può bastare l'accertamento di un comportamento dell'amministrazione contrario ai canoni della correttezza e della buona fede per escludere la giurisdizione del giudice amministrativo quando tale comportamento - considerato non in sé, ma nel contesto della vicenda in cui si inserisce - sia riconducibile, sia pure mediamente, nell'area dell'esercizio del potere (e quindi nell'ambito di una *inerenza* a una vicenda in cui l'amministrazione agisce come autorità, circostanza sufficiente per attribuire la giurisdizione al giudice amministrativo in quanto giudice, non dell'atto amministrativo, ma dei pubblici poteri^[27]).

Sicché, in ipotesi come quella esaminata, sembra difficile contestare che la posizione soggettiva lesa, pur riferibile all'ambito dell'affidamento tradito, abbia natura di interesse legittimo^[28]. Con la conseguenza che la tutela risarcitoria dovrebbe spettare al giudice amministrativo.

La circostanza che i comportamenti tenuti dall'amministrazione non siano confluiti nell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento (nel caso esaminato, prima dell'instaurazione del giudizio risarcitorio) non dovrebbe dunque rilevare in punto di qualificazione della posizione soggettiva.

Del resto, la vicenda su cui si sono pronunciate le Sezioni Unite mette in luce come sia riduttivo ricondurre le iniziative e le attività poste in essere dall'amministrazione, nel corso della lunga interlocuzione con l'impresa, nell'ambito di comportamenti *meri*. Risulta infatti che in quel caso, insieme a numerosi incontri informali tra i diversi uffici coinvolti nel procedimento autorizzativo, vi siano stati anche atti formali - seppure infra o pre-procedimentali - come la richiesta di acquisizione e la successiva espressione del parere da parte della Commissione urbanistica, la richiesta di parere alla Regione in ordine alla compatibilità dell'iniziativa con il Piano per l'Assetto Idrogeologico Regionale, a seguito della rielaborazione del progetto suggerita all'impresa dallo stesso Comune in esito alle interlocuzioni con le diverse amministrazioni interessate.

A ben vedere, più che di comportamenti *meri*, sembra trattarsi di segmenti procedimentali o pre-procedimentali. Anzi, per riprendere la storica definizione sandulliana, sembra proprio trattarsi di "*una serie di atti [...] e di operazioni [...], posti in essere da un unico o da diversi agenti,*

solitamente culminanti in un provvedimento, e strutturalmente e funzionalmente collegati dall'obbiettivo avuto di mira, e perciò appunto coordinati in procedimento^[29].

Dunque, la mancata adozione del provvedimento conclusivo del procedimento non sembra impedire una considerazione unitaria di quell'insieme di atti, dialoghi, interlocuzioni, unificati dall'essere – tutti – preordinati all'esercizio del potere invocato nella domanda rivolta all'amministrazione.

Con la conseguenza che, con riguardo al caso di specie, la posizione soggettiva dell'impresa – la quale, con la propria iniziativa, ha dato avvio a quel complesso di attività, comunque funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico – ben potrebbe essere qualificata come interesse legittimo *procedimentale*^[30].

Sotto questo profilo va anzi rilevato come proprio la riconducibilità della responsabilità da lesione dell'affidamento nell'ambito della responsabilità da *contatto qualificato* – affermata dalle Sezioni Unite - sembra necessariamente presupporre una *relazione*, un rapporto, dunque un contesto quasi-procedimentale, piuttosto che una serie di comportamenti *meri*, considerati singolarmente e non nel loro aspetto dinamico e d'insieme.

In ogni caso, anche a voler ipotizzare che, in vicende come quella esaminata, la lesione dell'affidamento abbia natura di diritto soggettivo, dovrebbe ritenersi che – nelle materie di giurisdizione esclusiva - la tutela spetti comunque al giudice amministrativo.

Ma non v'è dubbio che una distinzione in punto di giurisdizione con riguardo al medesimo comportamento – attribuita al giudice ordinario ove la lesione dell'affidamento sia lamentata sotto il profilo della violazione della *buona fede oggettiva*, attribuita invece al giudice amministrativo ove tale lesione sia lamentata sotto il profilo della violazione delle norme che disciplinano il corretto esercizio del potere cui il comportamento sia mediamente riconducibile – finirebbe per incidere fortemente sul principio di concentrazione della tutela giurisdizionale.

Come è stato autorevolmente osservato^[31], la regola della concentrazione delle tutele costituisce applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale - di cui all'articolo 24 della Costituzione - e cioè del principio che più di ogni altro, sul piano generale, ha contribuito negli ultimi anni all'evoluzione della giurisdizione amministrativa ed alla sua nuova configurazione. È in nome del principio di effettività – si sottolinea - che la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità dell'attribuzione al giudice amministrativo di poteri risarcitori, indicando, nel criterio della concentrazione delle tutele, una modalità di attuazione dell'effettività.

E dunque - soprattutto con riferimento ai casi di annullamento del provvedimento favorevole illegittimo - l'orientamento seguito dalle Sezioni Unite non solo potrebbe tradursi in un *vulnus* al principio della concentrazione delle tutele, ma renderebbe più frequente il rischio di contrasto tra giudicati, se si considera il consistente numero di contenziosi che nascono dall'annullamento in autotutela di provvedimenti favorevoli (concernenti per lo più il caso della revoca dell'atto di aggiudicazione di una gara o quello dell'annullamento del titolo edilizio, oggetto entrambi delle richiamate ordinanze del 2011).

Del resto, come si è osservato acutamente^[32], il diritto amministrativo sembra ormai orientato a riconoscere che – anche nei rapporti amministrativi – l'affidamento possa essere fonte di obbligazioni patrimoniali a carico dell'amministrazione. L'approdo finale del principio di affidamento nel diritto amministrativo – si sottolinea - “*non è la garanzia di un risultato favorevole al cittadino in conseguenza dell'affidamento, ma è l'introduzione di una variabile specifica nell'esercizio di un potere discrezionale*”. Con la conseguenza che l'affidamento – da ricercarsi non sul piano sostanziale ma su quello procedimentale – si risolve attraverso la ponderazione e il bilanciamento degli interessi. Una tale tecnica consente di mettere a confronto la garanzia del potere amministrativo (e quindi anche del suo riesercizio) con le ragioni dell'affidamento del privato, che mirano alla conservazione della posizione di vantaggio già riconosciuta dall'amministrazione.

Infine un ultimo profilo: quello degli effetti *extra processuali* del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno arrecato da un comportamento ritenuto contrario alla clausola della *buona fede oggettiva* alla stregua di una verifica condotta in astratto, senza considerazione per l'intreccio degli interessi pubblici e privati coinvolti nella vicenda.

E' tutt'altro che improbabile che i dirigenti degli apparati – per evitare il rischio di essere chiamati a rispondere dei danni cagionati da un comportamento che, scorporato da un tale complesso contesto, possa essere ritenuto *ondivago* o disorientante – preferiscano proteggersi con un ritorno alla *burocrazia difensiva*^[33].

In altre parole - soprattutto di fronte a progetti di notevole rilevanza economica, fortemente incidenti in materia ambientale o storico-paesaggistica e che dunque richiedono istruttorie particolarmente complesse – potrebbe prevalere la scelta del percorso procedimentale più *sicuro*. Percorso che certamente non coincide con quello dell'attuazione sostanziale, e non solo formale, dei principi della partecipazione procedimentale.

Verrebbe in questo senso abbandonata ogni iniziativa, da parte dei responsabili degli uffici, volta ad avviare in via informale - in una sorta di leale collaborazione con cittadini e imprese, e spesso con le altre amministrazioni coinvolte dall'iniziativa – una pre-verifica ai fini della valutazione delle diverse soluzioni possibili, in vista della conclusione del procedimento (eventualmente, anche attraverso la definizione concordata del contenuto del provvedimento, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990).

Con il rischio, se così fosse, di tradire una delle prime finalità della legge sul procedimento, proprio al compimento del suo trentesimo compleanno.

[1]. Cass. Civ., SS.UU., ord. 21 settembre 2020, n. 19677.

[2]. Cfr., M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *Federalismi.it*, n. 7/2011. Cfr., altresì, R. Villata che - in *Spigolature “stravaganti” sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857 ss. - osserva come la mancata estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie risarcitorie tramite il riconoscimento di un'ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva abbia consentito alla Cassazione di tentare di riappropriarsi della giurisdizione su questioni risarcitorie collegate all'esercizio del potere.

[3]. Cfr., A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 2011, I, 2398.

[4]. Cfr., in particolare, le ordinanze delle Sezioni Unite 4 settembre 2015, n. 17586; 22 maggio 2017, n. 12799; 22 giugno 2017, n. 15640; 2 agosto 2017, n. 19171; 23 gennaio 2018, n. 1654; 2 marzo 2018, n. 4996; 24 settembre 2018, n. 22435; 13 dicembre 2018, n. 32365; 19 febbraio 2019, n. 4889; 8 marzo 2019, n. 6885 e 13 maggio 2019, n. 12635. In senso contrario, invece – anche se con riguardo alle sole materie di giurisdizione esclusiva – Cass. Civ., SS.UU., ord., 21 aprile 2016, n. 8057, e Cass. Civ., SS.UU., 29 maggio 2017, n. 13454, secondo cui, in tali materie, la giurisdizione sulle domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati appartiene al giudice amministrativo.

[5]. Cfr. VI, 27 settembre 2016, n. 3997.

[6]. Si richiamano, in proposito, le argomentazioni critiche di C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 547 ss. e di G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it* – Dottrina, 2016.

[7]. Cfr. sentenza n. 404 del 2009 del Tribunale di Civitavecchia.

[8]. Si richiamano, in particolare, gli approfonditi commenti di G. Tulumello, *“Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la “resistibile ascesa” del contatto sociale”*, in *www.giustizia-amministrativa.it* - Dottrina, 2020; di V. Neri, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2020 e di G. Tropea, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *Giustizia insieme*, 2020.

[9]. Ai sensi, rispettivamente, dell'art. 133, comma 1, lettera d), n.1 e dell'art. 133, comma 1, lettera f), cod. proc. amm..

[10]. Il preavviso di rigetto in ordine al provvedimento conclusivo del lungo procedimento (diniego di rilascio del permesso di costruire in deroga) è stato infatti comunicato all'impresa quando già era stata avviata l'azione risarcitoria nei confronti del Comune davanti al giudice ordinario.

[11]. Così F. Volpe, in *“Una nuova geografia delle tutele? Risarcimenti, annullamento e buona fede alla luce dei nuovi orientamenti e delle riforme”*, relazione introduttiva al convegno *Le giurisdizioni “sconfinate”, webinar*, 13 novembre 2020.

[12]. Si richiama, a questo proposito, quanto in precedenza affermato dalla stessa Suprema Corte (Cass. Civ., SS.UU., 15 novembre 2007, n. 23726): *“viene in rilievo l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale”*.

[13]. La garanzia costituzionale del principio di affidamento, secondo l'orientamento della Corte costituzionale, va invece individuata nell'articolo 3 Cost. (*ex multis*, Corte cost. 27 giugno 2017, n. 149).

[14]. In ordine alla diversità - *“per funzione e per struttura”* - delle due figure, si rinvia all'approfondito studio di F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 827.

[15]. Sul punto, l'ordinanza in esame richiama la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 maggio 2018, n. 5. Questa sentenza - riprendendo quanto rilevato in dottrina con riguardo alla possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento - rileva come *“in questi casi il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico”*, aggiungendo come si tratti di *“una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale”*.

[16]. Sul punto la decisione in commento chiarisce che *“La nozione di ‘diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio’ risulta ... prima di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto”*.

[17]. Così, Cass. Civ., I sez., n. 14188 del 12 luglio 2016, con cui la Suprema Corte ha rimeditato l'inquadramento della responsabilità precontrattuale ai sensi degli articoli 1337 e 1338 del codice civile.

- [18]. Cfr., in particolare, F. Volpe, in “Una nuova geografia delle tutele?” cit., relazione introduttiva al convegno *Le giurisdizioni “sconfinate”*, webinar, 13 novembre 2020.
- [19]. Orientamento confermato, da ultimo, da Cass. Civ., SS.UU., sent. 15 gennaio 2021, n. 615.
- [20]. Cfr., in particolare, F. Volpe, in “Una nuova geografia delle tutele?” cit., relazione introduttiva al convegno *Le giurisdizioni “sconfinate”*, webinar, 13 novembre 2020.
- [21]. Il nuovo comma 2 bis, aggiunto all’art. 1 della legge n. 241 del 1990, stabilisce che “*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”. Il comma - aggiunto dall’art. 12, comma 1, lett. 0a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 – rende esplicito il principio cui si ispirano tutte le disposizioni del Capo III della legge n. 241 del 1990 sulla partecipazione al procedimento amministrativo.
- [22]. A. Travi, *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 126.
- [23]. *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- [24]. Si vedano sul punto le considerazioni di G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull’azione risarcitoria autonoma a tutela dell’affidamento*, cit., che, con riguardo a tale azione risarcitoria autonoma a tutela dell’affidamento, rileva come risulti “*evidente l’estraneità dell’attrezzatura processuale del giudice civile in un giudizio siffatto*”.
- [25]. Cfr., F. Patroni Griffi, *Le giurisdizioni “sconfinate”*, relazione al convegno *Le giurisdizioni “sconfinate”*, webinar, 13 novembre 2020.
- [26]. Cfr., Cons. St., Ad. Pl. n. 5 del 2018 cit., ove si osserva come anche nella fase ad evidenza pubblica, che precede l’aggiudicazione della gara, «*non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)*».
- [27]. Cfr. Corte Cost., sentenze n. 204 del 6 luglio 2004 cit. e n. 191 dell’11 maggio 2006.
- [28]. Come osserva autorevolmente F.G. Scoca - *L’interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 255 - sembra difficile ricostruire come diritti soggettivi “*pretese, o ‘facoltà’, partecipative*” che “*sono strumenti di sostegno, e di esercizio, nel procedimento, dell’interesse legittimo, di cui sono titolari i privati*”.
- [29]. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene Editore, Napoli 1974.
- [30]. Sulle diverse ricostruzioni elaborate dalla dottrina in ordine alla natura giuridica degli interessi legittimi *procedimentali*, si rinvia a F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII Edizione, 2020, Parte I, Sezione I, Capitolo 1.
- [31]. Così A. Quaranta, *Il processo amministrativo - Commentario al D. lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, *Introduzione*, 58.
- [32]. A. Travi, *La tutela dell’affidamento* cit., in *Dir. pubbl.*, 2018, 131.
- [33]. Cfr., G. Tulumello, “*Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale*” cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1814 – 21 giugno 2021

Il diritto pubblico tra ordine e caos. Intervista a Giancarlo Montedoro di Fabio Francario

Giancarlo Montedoro è Presidente di Sezione del Consiglio di Stato e docente di Diritto pubblico dell'economia presso la Luiss Guido Carli. Della sua ultima monografia (*"Il diritto pubblico tra ordine e caos. I pubblici poteri nell'età della responsabilità"*) si è discusso nel convegno organizzato da UNIMOL lo scorso 24 maggio, in occasione del quale l'Autore è stato intervistato da Fabio Francario. Si pubblica di seguito il testo dell'intervista per i lettori di *Giustiziasieme*.

1.- Diritto privato e diritto pubblico nel nuovo spazio giuridico globale.

Francario *"Che idea del diritto hanno i giuristi? naturalmente ciò (l'interrogativo) vale sul presupposto che i giuristi sentano il bisogno di avere un pensiero per non diventare solo esperti legali, che è un'altra cosa (degnà – direi indispensabile per guadagnarsi il pane – ma un'altra cosa)"* (così M. a pag 212 del volume).

Se si vuole comprendere Montedoro, perché scrive e cosa scrive, bisogna muovere da questo interrogativo di fondo che anima le sue riflessioni di giurista.

La domanda consente di comprendere innanzi tutto perché lui stesso afferma di scrivere *"un libro che non vuol finire"*; un libro che per il momento è parte (non conclude) di una trilogia aperta nel 2010 con *Mercato e potere amministrativo*, proseguita nel 2015 con *Il giudice e l'economia* e arrivata adesso a *Ordine e caos*.

Lui stesso, nel presentare il suo lavoro, definisce il trittico "ideale", ma siamo sicuri che l'aggettivazione "ideale" non allude al fatto che il trittico si sia con ciò perfezionato e concluso, ma al fatto che il trittico è solo quel che al momento appare di un libro senza fine sull'*idea che del diritto può avere un giurista*.

Quale idea può dunque avere, un giurista, del diritto?

La tensione ideale che anima il lavoro di Montedoro (provo ad azzardare subito una conclusione) si traduce nel convincimento che il diritto non può essere ridotto alla sola idea di protezione di interessi individuali che viene assicurata *ne cives ad arma veniant*; ma deve necessariamente comprendere anche la dimensione degli interessi superindividuali, insuscettibili cioè di appropriazione individuale e altrimenti detti pubblici. L'idea del diritto di Montedoro è che tale binomio sia indissolubile, che l'uno non possa esistere senza l'altro.

Oggi come oggi, l'affermazione è tutt'altro che banale e scontata, e Montedoro scrive questo suo libro senza fine convinto che compito del giurista *“come intellettuale specifico del nostro tempo”* è di *“dare testimonianza della permanente validità del diritto pubblico”* per evitare che l'interesse pubblico scompaia di fronte all'interesse privato.

Perché “nel nostro tempo” c'è bisogno di ribadire questa idea del diritto ?

La riflessione di M. è storicizzata, e si consuma in un momento in cui il diritto pubblico vive una fase di crisi, di transizione da un sistema che aveva un ben preciso ordine ad un sistema che deve ancora trovare il suo nuovo ordine e che pertanto attraversa adesso un momento di caos.

I processi di globalizzazione hanno investito anche lo spazio giuridico e messo in crisi il concetto di sovranità legato all'idea di uno Stato nazionale capace di creare un sistema coerente di regole, strutture e relazioni *“governati da leggi magari semplici come quelle che spiegano il mondo fisico”*.

La prima domanda che viene da porre è se, nel nuovo spazio giuridico globale, il diritto privato, inteso come insieme di regole calcolabili che garantisce gli scambi, potrebbe veramente essere sufficiente per tutelare gli interessi individuali senza che siano a tal fine necessarie istituzioni pubbliche e se la politica possa veramente lasciare il posto alla tecnocrazia.

Montedoro Vorrei fare una premessa in linea con quanto le ho sentito dire sulla funzione del diritto e del giurista e che mi trova completamente d'accordo.

Quello che vado scrivendo e progressivamente chiarendo nel mio pensiero riguarda la funzione del giurista e del giurista di diritto pubblico in particolare.

La scrittura è spesso un processo – igienico - di autochiarificazione, di rischiaramento sul senso del nostro operare come giuristi.

Per questo intendo la scrittura come una forma di comunicazione inevitabilmente soggettiva, situata ma non per questo solo autobiografica .

Ciò non significa rinunciare in alcun modo al rigore del metodo giuridico ma solo, a partire dalla propria esperienza, attraverso un'analisi metodologica obiettiva, senza cedimenti sociologici, atecnici, approdare, quando possibile, ad una comprensione più profonda e, se si vuole, personale, delle cose.

Ritengo questo - quando accade - motivo di grande appagamento.

Intendo il giurista – proprio come lo ha descritto - come un intellettuale specifico ossia un uomo che pensa il generale a partire da un sapere specifico, nell'epoca del tramonto della figura dell'intellettuale generalista alla Sartre (figura di intellettuale impegnato ideologicamente che è difficile rimpiangere per chi coltiva il dubbio metodico e si riconosce nella democrazia liberale).

Un intellettuale quindi e non solo un “*problem solver*” ed in particolare un uomo che, oltre l'adempimento dei suoi doveri istituzionali, è parte di una comunità e non è disposto al “tradimento” rispetto alla sua funzione di comprensione e denuncia dei fatti sociali.

Naturalmente ciò è ovvio per un accademico.

Per un giudice questo intento deve fare sempre i conti con la sua funzione istituzionale, non deve violare gli obblighi di servizio, deve essere una facoltà critica esercitata con la misura che l'ordinamento si attende da un giudice.

Questo anche quando il giudice – come mi è accaduto insegnando – ha il privilegio di essere in contatto con la comunità scientifica (cosa che lo arricchisce) .

Ciò non vorrà dire rinunciare a parlare, nemmeno quando il messaggio da comunicare vada nel senso di una sensazione di irreparabilità (alla Cioran per intendersi, intellettuale che amo molto e che ha descritto la condizione umana nell'epoca del nichilismo) e non sia in grado di indicare qualche via di uscita dalla crisi.

In quel caso magari si potrà ricorrere alla letteratura per esprimere il senso del mistero e dell'irreparabile che è parte dell'avventura dell'uomo nel mondo.

La letteratura può essere un modo di comunicare la crisi del diritto.

Sono molto critico , in definitiva, rispetto ad una cultura del politicamente corretto e del silenzio istituzionale che vedo crescere intorno a me, venata di neo-autoritarismo quando approdi ad un'idea di assoluta inopportunità di ogni forma di comunicazione relativa al proprio lavoro.

E' naturalmente una questione di misura.

Non ci esprime ovviamente sugli affari che sono in trattazione o sono stati trattati.

Su quelli solo – ove necessario – nelle sedi istituzionali.

Per il resto però non dovrebbero imporsi “zone franche” alla libertà di espressione, forme di sospensione di tale libertà ma solo farsi questioni di misura nell'espressione.

Penso, ma qui formulo solo un giudizio personale, che i magistrati debbano preferire – per esprimersi - l'ambiente scientifico ed accademico evitando la stampa le quante volte ciò potrebbe condurre ad essere identificati come protagonisti di uno spazio politico-partitico (

in consonanza al divieto di essere iscritti ai partiti che non ha valenza solo formale ovviamente).

Eguale misura deve essere utilizzata nell'accedere ai social (tecniche che possono comportare rischi di espressioni non misurate e non consone all'immagine che un magistrato deve sempre custodire).

Un buon punto di riferimento per ipotizzare quanto ardua e decisiva per il futuro dei giuristi liberali sia la discussione sui predetti limiti è la sentenza della Corte Strasburgo del 9 luglio 2013 (affare Di Giovanni c. Italie).

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo i magistrati e i funzionari dell'ordine giudiziario devono usare il proprio diritto alla libertà di espressione – che deve quindi essere garantito – con cautela ogni qualvolta “l'autorevolezza e l'imparzialità del potere giudiziario siano suscettibili di essere messi in discussione”.

Naturalmente non si può non concordare in linea di massima.

Tuttavia occorre fare dei distinguo, da buoni pensatori “sospettosi”, inclini a vedere i rischi insiti in ogni scelta (magari per confermarne la bontà).

L'espressione usata è molto ampia.

Nel bilanciare i diversi diritti in gioco, la Corte fa - forse - pendere troppo l'ago della bilancia sulla necessità di garantire “il prestigio” del sistema giudiziario e gli imperativi superiori della giustizia.

Questo può condurre a conculcare, senza volerlo naturalmente, la vivacità del dibattito intellettuale fra giuristi, ivi compresi i magistrati, che si giova di un libero franco e corretto confronto fra le opinioni.

Occorre quindi non credere che per i magistrati valga la regola del riserbo.

Tale regola vale in rapporto alle pratiche loro assegnate, per il resto riespandendosi la libertà di manifestazione del pensiero, con l'obbligo di misura prima ricordato.

Sono altresì dell'idea - con la Corte di Strasburgo - che i rappresentanti dell'autorità giudiziaria non debbano utilizzare la stampa o la televisione “neanche per rispondere a delle provocazioni” (c'è il rischio in questi casi di derive che seminano discredito e non sempre il contesto comunicativo è avvertito della delicatezza e complessità dei temi trattati affrontati talvolta con eccessi di semplificazione o intenti scandalistici).

Bastano, allo scopo, le c.d. “pratiche a tutela” all'occorrenza aperte dagli Organi di Autogoverno.

Necessaria, in ogni caso, una valutazione del tenore delle dichiarazioni e del contesto generale.

Ecco mi sembra che il bilanciamento operato dalla Corte – delicato – sia da tenere sempre a mente, in questi tempi difficili, consapevoli che possa comportare un rischio di scivolamento verso forme di autocensura e pur combattendo contro questa tendenza coltivando sempre nella comunicazione lo stile sobrio dei giuristi del passato .

Con queste avvertenze il magistrato può considerarsi un intellettuale, pur essendo un uomo delle istituzioni.

Fatta questa premessa sulla funzione del giurista e sui modi del suo comunicare quando fa il giudice, tento di rispondere alla sua domanda sul diritto privato nel mondo globale.

La risposta che posso abbozzare è a partire dall'angolo visuale di chi pratica la giustizia amministrativa; tale prospettiva evidenzia l'ascesa del diritto privato anche nell'ambito del diritto pubblico (e si pensi alla responsabilità civile da violazione dell'interesse legittimo o al prevalere del diritto dei contratti sugli altri rami del diritto amministrativo) come parte di quella che definirei "la privatizzazione del mondo" (stato di cose presenti che suscita in me grande preoccupazione prima che indubbio disagio) .

E' parte del fenomeno della progressiva invadenza dell'economia di mercato sul diritto, del diritto privato sul diritto pubblico, della generalizzazione della responsabilità civile (del diritto dei *torts*) come paradigma fondamentale attorno cui costruire una civiltà giuridica (in coerenza con l'individualismo metodologico e con il culto del "terribile diritto" e dell'individualismo possessivo), del prevalere di una società di monadi, di soggetti irrelati, gelosi della propria sfera di autonomia patrimoniale, anche socialmente distanziati ora, a seguito della pandemia .

Questo processo, portato anche dalla globalizzazione economica, si intreccia con la crisi dello Stato e della democrazia (va notato che la democrazia si è sviluppata solo nell'alveo statale sinora).

La crisi dello Stato oggi non è più quella di ieri (non è dovuta al pluralismo sociale) è crisi della sua dimensione a fronte di problemi che hanno una portata che non può risolversi solo nell'ambito territoriale statale (migrazioni, terrorismo, crisi finanziarie globali, crisi ambientale legata ai cambiamenti climatici, crisi pandemica e sanitaria globale) .

Lo Stato tuttavia continua ad essere, per quanto inadeguato, l'unico ombrello che abbiamo di fronte alle emergenze.

Il diritto privato essendo il diritto dei mercati istituisce una *lex mercatoria* che, pur avendo portata globale, ultrastatale quindi, tuttavia, per sua stessa natura, promossa da grandi soggetti privati multinazionali, non riesce ad assumere su di sé compiutamente funzioni pubbliche e compiti di servizio pubblico (compiti che, anche per il diritto UE, fanno capo direttamente alla dimensione statale talvolta in affanno e gravata dai debiti prodottisi per anni di vista corta e, più di recente, negli interventi emergenziali di gestione delle crisi).

Sono un esempio di questa situazione le c.d. FAANG (Facebook, Apple, Amazon, Netflix e Google) i giganti del Big Tech che puntano sul ridisegno sociale indotto dall'intelligenza artificiale.

Qui si apre un mondo fuori dalla politica, ma non certo impolitico.

Una nuova dimensione della sovranità.

Ingegneri che attraverso la programmazione informatica formalizzano il diritto dando vita ad un tecno-diritto, ad una matematizzazione delle norme e delle decisioni, ad una giurimetria.

Il processo si apre alla decisione predittiva, il procedimento amministrativo usa l'algoritmo, il diritto privato si disintermedia mediante gli smart contracts.

Parallelamente i progressi della scienza medica, invece che avviarla verso un recupero della sua dimensione umanistica, ci pongono di fronte al post-umano, alle crescenti biopolitiche imposte dalla pandemia (con i loro rischi per il quadro delle libertà costituzionali).

L'uomo è uomo performante oltre che *homo oeconomicus*.

Un uomo timocratico, che vive in un ambiente post-umano, in una sorta di "parco umano", ove le collettività sono oggetto di politiche sperimentali legate agli sviluppi tecnologici.

Il diritto pubblico – fondato sulle Carte costituzionali novecentesche - appare in questo quadro afflitto da una strutturale debolezza, un diritto "debole".

Naturalmente la crisi dello Stato è la vera origine della crisi del costituzionalismo, rafforzata però dalla perenne ed irrisolta transizione costituzionale; dall'idea che la Costituzione sia invecchiata e sia fuori centro (anche per effetto delle profonde trasformazioni del mondo del lavoro e della crisi della forma partito nazionale – il gramsciano moderno Principe al quale i costituenti hanno affidato il compito della costruzione del "politico" – nel mondo post-ideologico per cui la Costituzione rimane senza Soggetto alla morte del sistema dei partiti).

Il vecchio mondo sta morendo. Un nuovo mondo sta sorgendo ma non è ancora sorto come avvertiva Gramsci "in questo chiaroscuro nascono i mostri".

Nel vuoto politico si vedono pericoli (non vi sono più i partiti tradizionali nazionali; tardano a venire i partiti transnazionali del futuro o i nuovi soggetti politici o post- politici del futuro).

Essendo l'organizzazione statale il luogo per eccellenza del "politico", mentre i luoghi sovranazionali sono "depoliticizzati", come profeticamente notava Carl Schmitt cantore del Nomos della Terra rispetto al diritto "sconfinato, abbiamo bisogno di una dimensione politica sovranazionale che tuttavia difetta ed è difficile costruire per via di Trattati ed accordi internazionali.

Il globale peraltro si sta rivelando insostenibile e la "giuridicità" scricchiola fra i troppi livelli di governo e di giurisdizione (per non parlare della "irtiana" crisi della fattispecie prodotta da una legislazione amministrativizzata ed occasionalistica).

Quali prospettive allora nel rapporto fra diritto privato e pubblico nel mondo globale?

Il tema è legato al futuro del "politico", è tutt'uno con esso.

Come ha detto il prof. Tremonti il globale è in crisi ma il mondo continua ad essere internazionale (ed interconnesso).

Il diritto pubblico quindi non è uno strumento sufficiente se rimane chiuso nella sua dimensione nazionale, mentre il diritto privato, diritto degli scambi del mercato globale, pur più contaminato da dimensioni non statualistiche come abbiamo detto, per sua natura non riesce a produrre comunità politiche e strutture amministrative.

Le prospettive dello sviluppo del diritto privato e del diritto pubblico – travolti dallo stesso destino ma dotati di differenti capacità di risposta - in astratto sono varie, esemplificando sommariamente : 1) la prima la delinea Teubner che ritiene possibile *un costituzionalismo senza Stato* prodotto dai soggetti “depoliticizzati” che si muovono nel mondo transnazionale (Günther Teubner Nuovi conflitti costituzionali Milano Torino 2012); la rivoluzione digitale ed il mondo postpandemico potrebbero riservarci sorprese in questo senso, la visione è connotata da un certo irenismo di fondo che non vede la disuguaglianza dell’ordine neoliberista e ritiene il diritto privato il centro della futura esperienza giuridica ; 2) la seconda è la *costruzione di un unico spazio politico sovranazionale* per effetto di processi di unificazione degli Stati in strutture federali o quasi federali (in tal senso mi sembra vada il pensiero del cosmopolitismo giuridico politico di stampo kantiano di Danilo Zolo), la prospettiva è razionale ma qui difettano le soggettività per attivare il processo, il mondo multipolare che viviamo è assai più caotico e schmittiano che kantiano ; 3) la terza prospettiva è quella di una *realistica convivenza di modelli regolatori fra più dimensioni alcune nazionali altre globali* (in tal senso si muove il pensiero di S. Cassese che pure considera le esigenze di una democratizzazione della globalizzazione quando la sua analisi della condizione delle cose presenti arriva a definirle in termini di caos o situazione babelica cfr. il suo aureo libretto I Tribunali di Babele), la speranza risiede nella razionalizzazione data dalla unificazione europea e dalla formazione di aree di influenza sovranazionali regionali ; la debolezza della prospettiva sta in una certa sopravvalutazione dei processi di costruzione delle istituzioni rispetto ai processi sociali (quella che è stata definita “Costituzione senza popolo” cfr. E. Scoditti 2001 il cui pensiero – molto profondo – a partire proprio dal diritto civile, con itinerari di ricerca coltivati con Luigi Palombella, approda ad una dimensione che accetta la sfida della complessità nella c.d. ricerca della interlegalità o legalità fra ordinamenti, con accenti che fanno pensare alla lezione di Santi Romano); 4) la quarta è data da *una forte auspicata ripresa – all’indietro con un movimento paradossale che è in realtà un avanzamento - del costituzionalismo nazionale*, alla riscoperta di una dimensione vichiana della storicità, che torna al passato per aprirsi al futuro (Azzariti Diritto o barbarie, Bari Roma 2022 ma anche A. Schiavone Progresso Bologna 2020); si tratta di una visione che riscopre il tempo ciclico, alla ricerca dei punti di consunzione della modernità e della post-modernità ma che rischia di risolversi nel dramma di un’attesa senza sbocco come quella del Tenente Drogo nel Deserto dei Tartari ; 5) la quinta vede *il rientro nell’ambito dello Stato Nazione*, una sorta di ripiegamento apertamente pessimistico; visione questa, forse, più realistica che, comunque, fa i conti con gli insorgenti populismi di cui si comprendono le ragioni nella deriva del neoliberismo da correggere per riscoprire una fede civica nell’alveo statuale (in questo senso il pensiero di Yascha Mounk e quello gemello di Jan Zielonka segnalano l’esigenza di leggere in senso fortemente critico le esperienze del neo-liberismo e ritengono doveroso, in questa temperie storica, porre le domande scomode , quelle che pochi hanno il coraggio di porre) .

V'è alla fine – comparando queste visioni - la sensazione di un cammino già avviato oltre l'Occidente (intravisto, non senza procurarsi critiche, da F. Cassano Senza il vento della storia. La sinistra nell'era del cambiamento , Roma Bari 2014).

Nuovi luoghi della sovranità si andranno definendo, speriamo nel quadro di un'Europa non così rigidamente ordo-liberale ma capace di riscoprire la sua anima sociale: le politiche dei servizi pubblici (studiate da E. Scotti) e non solo della concorrenza.

Abbiamo bisogno di recuperare in questo ambito il senso della distinzione fra pubblico e privato come dimensioni costitutive dell'esperienza giuridica moderna , apportatrici di ordine.

In questo quadro europeo rinnovato occorre tener fede ad un'idea della giustizia come processo dialettico (su cui si sofferma Lipari in Elogio della giustizia Bologna 2021) che recuperi un'idea complessa del diritto lo Ius che , ove ridotto a Lex, a puro comando, decade.

La Lex deve, a sua volta, essere restaurata nel suo contenuto precettivo (è il messaggio di Irti Viaggio fra gli obbedienti Milano 2021) evitando le trappole della corruzione della lingua. Illusorio essendo pensare che il diritto flessibile o amministrativizzato possa assicurare alcuna tenuta.

La finanza dovrà – con la sua tendenza a “puntare” sul contratto di scommessa e sul circolo ermeneutico infinito – cedere nuovamente il passo all'economia reale, magari circolare, ambientalmente compatibile.

Dalla scommessa si dovrebbe gradualmente tornare a forme della negozialità meno problematiche come gli schemi assicurativi.

L'amministrazione – ed il suo giudice – devono mostrarsi pronti a fare la loro parte (assegnare risorse scarse, promuovere valori adespoti, curare gli interessi, non semplicemente risarcire).

Guardare al diritto privato dall'angolo visuale del diritto pubblico significa coglierne la residualità (le relazioni di cura sono più importanti per il funzionamento dei meccanismi sociali della mera logica della spettanza che di per sé non assicura coesione sociale).

Il diritto privato può – ma senza essere sufficiente allo scopo (e si pensi al diritto antitrust che richiede un'Autorità amministrativa che lo applichi) – al più occuparsi di interessi individuali, per quelli sovraindividuali o individuali che sono avvolti in fasci di rapporti interessati all'assegnazione di beni scarsi vale il diritto pubblico.

2.- Sulla risarcibilità dell'interesse legittimo

Francario Se non sostituita, la sfera pubblica è comunque sotto assedio della tecnocrazia, che tende per sua natura a mantenere aperti i processi decisionali perché venga costantemente assicurata la razionalità economica delle decisioni che rimangono esposte alla possibilità che per tale motivo vengano continuamente rimesse in discussione.

Chiarito ciò, M. sottolinea come nel nostro tempo il decisore pubblico sia messo sotto assedio anche dalla svolta storica consumata nel ns ordinamento nel 1999 sotto la pressione più generale del diritto comunitario degli appalti della risarcibilità degli interessi legittimi. Qui se possibile il profilo diventa ancor più delicato perché, dietro l'apparenza di una conquista di civiltà giuridica che sembrerebbe implicita nel riconoscimento della natura sostanziale della figura giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, si cela il rischio di una vera e propria involuzione che la patrimonializzazione della figura può comportare se finisce con il disperdere quel *“deposito di valori da sempre connesso al diritto pubblico”*. Sotto questo profilo, personalmente sono in assoluta sintonia con M. come si può intuire sin dal titolo di uno dei miei ultimi lavori ospitato in un quaderno di QG (La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo, maggio 2021) curato proprio da M. unitamente al consigliere Scoditti della Corte di cassazione: *“Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria”*.

L'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo è un bene o un male per il diritto pubblico e amministrativo in particolare ?

Montedoro La questione del risarcimento danni da violazione di interesse legittimo è al centro del libro su Ordine e Caos.

La sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 è stata uno spartiacque.

Da allora l'amministrazione che abbia violato un interesse legittimo può essere convenuta per i danni.

E' incredibile che una scelta così importante per la costruzione dell'ordinamento sia avvenuta in via esclusivamente giurisprudenziale.

Anche questo è un segno di debolezza della politica.

Il legislatore è intervenuto su aspetti di contorno come la giurisdizione (attribuita al giudice amministrativo) o la previsione di un termine decadenziale (e non prescrizione).

Su questo tema si è giocata la partita di crisi della modernità che ha visto, nel Paese, contrapposto il diritto privato ed il diritto pubblico , fino alla prevalenza del primo.

Tutto il diritto pubblico può ora essere riletto nel prisma dell'art. 2043 cod. civ. e l'opera è in corso nelle Corti.

Cosa significa dare questa centralità all'art. 2043 cod.civ. ?

Significa proprio quello che ha sottolineato nello scritto prima richiamato mettere a rischio un deposito di valori , facendo prevalere i profili di patrimonializzazione.

La conversione del pregiudizio in moneta deve essere l'ultima ratio per questa ragione.

La centralità della tutela di annullamento è una questione di civiltà connessa al modo in cui consideriamo il nostro vivere in comune.

Mi piace però pensare che anche l'amministrazione debba essere giusta.

Anzi addirittura pensare che la vera giustizia possa essere fatta solo dall'amministrazione, nel riesercizio del potere, secondo le linee stabilite dalla sentenza.

Il punto è che la sentenza amministrativa spesso contiene statuizioni conformative dell'azione amministrativa che vengono a calarsi in una realtà del personale amministrativo che è lontana dalle raffinate analisi dei giuristi e che deve confrontarsi con il pulsare delle esigenze della vita e con i limiti organizzativi e finanziari talvolta anche culturali dell'amministrazione.

Sarebbe necessario un rapporto molto più stretto fra il giudice e l'amministrazione per rendere effettiva la giustizia amministrativa.

Un tema immenso che richiederebbe di ripensare l'ottemperanza in modo sistematico, andando oltre il c.d. commissario ad acta ed istituendo presso il giudice amministrativo un Ufficio incaricato dell'esecuzione che adotti gli atti amministrativi in sostituzione senza passare attraverso le attività di recalcitranti uffici amministrativi soccombenti nel giudizio di cognizione.

Occorrerebbe anche sancire una responsabilità penale (salvo giustificati o eccezionali motivi) per la mancata esecuzione degli ordini giudiziari, prima delle necessarie attività sostitutive.

Questo sarebbe molto più importante di prospettive che coltivino rafforzamenti delle azioni risarcitorie.

Dell'art. 2043 cod. civ. e di una società che lo mette al centro della vita di tutti (ormai si intraprendono azioni risarcitorie per i motivi più svariati, danni esistenziali, danni da contatto sociale, danni da perdita di chance, danni da violazione di interessi legittimi) penso ciò che pensava Elias Canetti in *Massa e potere*, la società moderna è caratterizzata dalla "paura di essere toccati".

La paura di essere toccati è consustanziale all'individualismo metodologico quale visione per la quale non esiste la società esistono solo gli individui.

La garanzia dell'intangibilità della propria sfera vitale e patrimoniale è diventata più importante di ogni condotta solidaristica o sociale.

E' un aspetto della attuale lotta fra concorrenza (intesa come fine e non come mezzo) e solidarietà, fra homo oeconomicus e homo civicus.

Fra economia e politica.

I giuspubblicisti non devono stancarsi di esplorare le potenzialità dei nuovi rimedi come le azioni risarcitorie, ma devono saperli collocare nell'alveo della tradizione giuridica che ci è stata consegnata, ciò significa non perdere mai di vista la loro residualità.

La stessa analisi economica del diritto con la sua nozione di costi transattivi non ignora che vi sono fallimenti del mercato, non tutti risolvibili sul piano della buona regolazione con leggi

che eliminino detti costi ; a volte è necessario che non il contratto ma l'impresa allochi/organizzi i fattori produttivi (e così si riconosce il potere organizzativo dell'imprenditore al di sopra dell'incontro della domanda e dell'offerta o si invita un imprenditore o una cordata di imprenditori ad un salvataggio di altra impresa in crisi) altre volte deve intervenire lo Stato o la pubblica amministrazione perché le risorse da mobilitare per superare il market failure sono assai ingenti.

Contratto, impresa, pubblica amministrazione sono tre modi di allocare le risorse.

Seguono logiche diverse e si giustificano economicamente per affrontare problemi diversi.

Dell'amministrazione non potremo fare a meno per lungo tempo.

Le crisi bancarie prima e la pandemia poi ce lo hanno dimostrato.

Quindi ci tocca far funzionare questa amministrazione. Non semplicemente pensare a munire i privati di azioni risarcitorie come fosse questo il centro del problema socio-politico del diritto pubblico.

3.- La filosofia della conoscenza del processo amministrativo.

Francario Veniamo al Capitolo IV: La verità nel processo e fuori dal processo.

Qual è la filosofia della conoscenza che si consuma nel processo amministrativo?

Montedoro Mi piacerebbe poter individuare una filosofia della conoscenza nel processo amministrativo.

Ma sono molto incerto sull'individuazione della sua matrice.

Penso che possa dirsi che si tratti di una matrice liberale.

Una matrice che affonda le sue radici nel pensiero del liberalismo, nella sua diffidenza verso il potere.

Penso che il processo amministrativo sia un processo che risente di scelte pragmatiche fatte sull'onda di esigenze come quelle della verità di fronte al potere arbitrario, un potere amministrativo che lo Stato democratico vuole sia criticabile dialetticamente.

La questione della verità da Cartesio a Hume, da Bacone a Kant fino a Popper è centrale per la definizione del metodo scientifico.

Il giudice (anche il giudice amministrativo) è un ermeneuta ma è anche un epistemologo.

Usa vari saperi (testa l'appropriatezza e la ragionevolezza delle scelte amministrative fondate sulla scienza, vagliando tutti i saperi utilizzati dalla pa nel sindacato sulla discrezionalità tecnica) e ne saggia lo statuto epistemologico e la tenuta delle soluzioni ; fa questo mediante ausiliari all'occorrenza e comunque alla luce della migliore scienza ed esperienza.

Il potere deve essere sempre criticabile anche quando è fondato sulla scienza ; anche quando assume l'aspetto delle soluzioni algoritmiche.

La questione della ricerca della verità è tutta qui per il processo amministrativo.

E' iscritta nella questione del controllo del potere.

Ma la sua domanda è più maliziosa in fondo: essa si interroga sulla esistenza di una filosofia della conoscenza che sia insita nelle regole processuali; il processo ovviamente può averla.

Nel processo penale è evidente : il processo inquisitorio ha un'idea della conoscenza di stampo obiettivistico, ritiene quindi che sia necessario affidare l'indagine sui fatti reato ad un giudice istruttore perché egli è portatore di una maggiore terzietà rispetto all'accusa ed alla difesa.

Il processo accusatorio rifugge da tale impostazione, abbraccia un'idea relativistica e soggettivistica della conoscenza, affida la creazione del materiale probatorio al dibattimento , al contraddittorio, all'esame ed al controesame di imputati, testi e coimputati.

Il giudice non può essere integralmente scettico, né può essere assolutamente disperato (alla Cioran) sulla possibilità di attingere qualche certezza.

Deve essere consapevole che la realtà si conosce a partire dalla soggettività (acquisizione della fenomenologia e dell'ermeneutica).

Deve sapere che sono possibili errori.

Deve accettare il metodo scientifico ossia la falsificabilità – popperiana - delle prove.

Deve agire come se qualcosa fosse conoscibile. Sul piano del buon senso, anche se la poesia ci dice che è conoscibile solo l' "ombra di un'ombra".

Come dice Borges nell'elogio dell'ombra :

“Questa penombra è lenta e non fa male;

scorre per un mite pendio

e assomiglia all'eternità.”

Ma qualcosa è conoscibile sul piano del buon senso.

Al giudice conviene il realismo di Maurizio Ferraris e non lo scetticismo postmoderno di Gianni Vattimo (anche se una volta scrissi a proposito dei codici settoriali che Gianni Vattimo era approdato al Consiglio di Stato intendendo che ci si poteva produrre solo ormai in una legislazione frammentaria e non più universalistica).

Forse per carattere sarei uno scettico moderato.

La post-modernità poi ha introdotto con Nietzsche l'idea che non esistono i fatti ma solo le interpretazioni.

Tutto è messo in questione.

Tutto è questione di narrazione.

Il talk show è più importante del processo quindi.

Ma il processo non è puramente un giuoco come pure descritto dal grande Calamandrei.

Esso serve ad accertare fatti, è una sofisticata macchina di accertamento.

In particolare nel processo amministrativo vengono in rilievo i fatti posti a base del provvedimento amministrativo.

La verità narrata dal potere esecutivo.

Il giudice amministrativo nel nuovo processo amministrativo ha pieno accesso al fatto.

Può disporre consulenza tecnica o verificaione.

Può usare, ma con moderazione, del principio dell'onere della prova (perché il legislatore sa che vi è uno squilibrio di forze fra parte pubblica e parte privata ed ha improntato il processo al principio dispositivo con metodo acquisitivo ossia con il correttivo di poteri officiosi del giudice che riequilibrino le posizioni all'occorrenza, è il giudice signore della prova, così definito dal pensiero intramontabile di Mario Nigro).

4. Il problema del metodo. Le tentazioni del dogmatismo e del relativismo.

Francario Problema del metodo. Nelle epoche di transizione, scienza del diritto e giurisprudenza corrono il rischio sia di chiudersi di fronte ai cambiamenti e alle novità arroccandosi nelle categorie tradizionali e mantenendo in vita concetti ormai consumati; che di rifiutare ogni tradizione e di “vedere in ogni dove nuovi paradigmi”. Tentazioni del dogmatismo e del relativismo: come vengono evitate in questo “libro senza fine” e in particolare in “ordine e caos”?

Montedoro E' un duplice rischio.

Occorre leggere il nuovo a volte con nuove categorie.

E' quello che abbiamo tentato di fare leggendo le decisioni algoritmiche senza stare alle strettoie della legge n. 241 del 1990 ma usando i principi che già si rinvergono nelle Carte europee ed in disposizioni sparse che si sono occupate di intelligenza artificiale.

Ma anche la tradizione è importante.

Senza il passato non siamo nulla. Non c'è identità.

E lo scavo si addice al riconoscimento dell'importanza della tradizione.

Nel libro uso in modo parziale e forse "amputante" il pensiero di Derrida.

E' un pensiero incentrato sul mistero del linguaggio inteso come un libro aperto all'attribuzione di infiniti significati.

Naturalmente l'Opera aperta di Eco non è compatibile con alcuna logica processuale.

Ma di Derrida ad un giudice interessa – e molto – il rapporto che si può istituire fra linguaggio e realtà, fra testo e contesto, fra universale e singolare.

Ed il metodo erratico – nelle opere di questo filosofo non filosofo che si è occupato degli argomenti più vari dall'ospitalità all'amicizia, dal discorso funebre alla natura della lingua parlata (in cui ha rinvenuto un testo archetipico con ciò preannunciando il mondo del futuro informatico, forse un mondo integralmente scritturale) – dello scavo nel concetto.

Scavare nel concetto, come talpe, per estrarre nuovi significati, vino nuovo dall'otre vecchio (rovesciando il detto).

Il linguaggio è un testo di ricchezza sterminata, la traduzione è sempre una ricreazione, la decostruzione è il modo della nominazione.

Nel tempo del caos multilivello, l'avventura del giurista è data da questo confronto, alla fine, fra universale e singolare in cui l'universale è stressato, è messo in questione.

Chissà se il linguaggio cattura la realtà e quanta ne cattura ma noi giuristi dobbiamo agire "come se" tanto fosse possibile come se alla fine un ancoraggio sia possibile per l'uomo.

5. Nel futuro c'è il divorzio fra democrazie e diritti umani?

Francario Nel finale torna a riflettere sulla misura del cambiamento in corso e sulla tendenza alla creazione di società senza Stato che sembrerebbe potere o voler fare a meno delle conquiste e dello stesso fondamento del costituzionalismo moderno in punto di tutela dei diritti costituzionali e di rispetto delle procedure democratiche. Per quanto si possa essere lontani da un tale momento, è comunque certo che si arriverà ad un nuovo ordine globale ed è importante giungere a questo appuntamento senza che i fondamenti del costituzionalismo moderno siano andati dispersi per poter essere rifondati nella nuova dimensione spaziale. Certamente suggestivo il paragone con gli antichi greci, che rievoca chiaramente quel compito del giurista "*come intellettuale specifico del nostro tempo*" di *dare testimonianza della permanente validità del diritto pubblico*, di cui si è già detto: "*Compito degli europei, in questa fase storica, non è dissimile dal compito degli antichi greci, lasciare un testamento spirituale, impedire che il mondo di ieri ... sia distrutto senza lasciare che i tratti di nobiltà di spirito che lo connotavano (democrazia come sistema di pesi e contrappesi, tutela dei diritti umani, spazi di autonomia per l'individuo) siano perduti per sempre nell'urto con le nuove forze produttive scaturenti dalla moderna tecnica*".

Il futuro ci riserva davvero il divorzio fra democrazie e diritti umani ?

Montedoro Vi è una retorica dell'autosufficienza dei diritti umani, l'ho sempre vista con sospetto.

I diritti umani fioriscono in un ambiente istituzionale che li protegga che ne abbia cura.

Non sono solo opera delle Corti e dei giudici.

Naturalmente l'esistenza di Corti Costituzionali ed anche di Corti sovranazionali (Corte UE a Lussemburgo ; Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo) ci fa vivere l'idea – che tende a divenire ideologia – dello sganciamento dei diritti umani dagli Stati e quindi dalle democrazie.

Il divorzio è in corso anche per il fatto che il capitalismo politico ha scelto – di recente – paesi totalitari per svilupparsi a tassi di rendimento ignoti in aree del mondo ove esistono le tutele del lavoro e dei diritti sociali.

Come si costruirà lo spazio giuridico oltre lo Stato ?

In modo del tutto indipendente dallo Stato o in modo che lo Stato ogni Stato – specie quello che si presenta come Stato di diritto – “consegna il testimone” di un equilibrio fra democrazia e diritti umani (equilibrio che chiamiamo democrazia costituzionale) all'ordinamento sovranazionale prossimo venturo ?

Il futuro del diritto pubblico è legato a questa vicenda.

Non basta il diritto privato (l'abbiamo detto), non basta la lex mercatoria, né il dialogo fra le Corti o la presenza di conflitti costituzionali che scardinino gli Stati, fino all'emersione di nuove forme della politicità conviene ricercare una mediazione “alta” fra Stato, mercato e diritti umani.

Un equilibrio possibile che in Europa abbiamo conosciuto nei primi anni del secondo dopoguerra prima che prevalesse l'individualismo metodologico, la sola tutela delle libertà di carattere economico (con risultati di conformazione di tutti gli ordinamenti nazionali non tenuti più soltanto ad ottenere gli specifici risultati fissati dalle direttive), la politica delle privatizzazioni, il passaggio dal controllo delle imprese alla regolazione, la centralità della “Francovich”, l'assedio del pubblico, la diffusione della teoria di Buchanan della c.d. Public choice.

Si tratta di scelte che hanno mostrato i loro limiti.

Sono oggetto di revisione critica in epoca postpandemica.

Il liberalismo può risorgere dalle ceneri del liberismo sfrenato.

La ringrazio molto per le sue domande.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2041 – 25 novembre 2021

Spedizioni internazionali rifiuti pericolosi: poteri sovrani dello Stato di importazione e discrezionalità politica dello Stato di esportazione (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 26 07 2021 n. 554).

di Simone Francario

Sommario: 1. Osservazioni preliminari sulla disciplina sovranazionale in materia di movimentazioni transfrontaliere di rifiuti pericolosi; 1.1 La convenzione di Basilea del 22 marzo 1989: principi fondamentali e ambito di applicazione; 1.2 La procedura delle movimentazioni transfrontaliere; 1.3 In particolare: il traffico illecito di rifiuti pericolosi e i rimedi previsti dal trattato; 2. La vicenda decisa dal giudice amministrativo; 3 La questione della giurisdizione sugli atti dell'amministrazione tunisina: i poteri sovrani dello Stato di importazione; 4 La questione dell'attivazione dell'arbitrato internazionale: la discrezionalità politica dello Stato di esportazione; 5. Osservazioni conclusive.

1. Osservazioni preliminari sulla disciplina sovranazionale in materia di movimentazioni transfrontaliere di rifiuti pericolosi.

1.1 La Convenzione di Basilea del 22 marzo 1989: principi fondamentali e ambito di applicazione

Il commento della sentenza 554/2021, resa dalla Sezione IV del Consiglio di Stato il 26 luglio 2021 in materia di reimpatrio di rifiuti pericolosi, rende opportuna la preliminare ricostruzione del quadro normativo della disciplina che, a livello sovranazionale disciplina i movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi e la loro eliminazione, disciplina che ha nella Convenzione di Basilea del 22 marzo 1989 la sua principale fonte [1].

La comunità internazionale ha ritenuto necessario intervenire per regolamentare la materia in quanto, per gran parte del XX secolo, le spedizioni internazionali di rifiuti furono utilizzate come un “*escamotage*” di alcuni privati e/o Stati per liberarsi di ingenti quantità di rifiuti in danno per lo più di Paesi in via di sviluppo e spesso dietro la corresponsione di compensi irrisori, con grave danno per la salute umana e per l’ambiente[2].

Quando tali eventi furono portati alla luce dalla cronaca, la comunità internazionale ha deciso di porre immediatamente un freno al problema e furono così raggiunti vari compromessi[3].

In primo luogo furono emanate le “*Linee direttive e principi del Cairo concernenti la gestione ecologicamente razionale dei rifiuti pericolosi*” del 17 giugno 1987, che costituivano uno dei primi accordi internazionali in materia, ma che erano, tuttavia, sprovviste di efficacia vincolante considerato che il loro scopo, come si legge sin dalle prime righe del preambolo, era quello di “[to be] addressed to Governments with a view to assisting them in the process of developing policies for the environmentally sound management of hazardous wastes.”[4]

Successivamente, fu emanata la Convenzione di Basilea del 22 marzo 1989, che rappresenta un primo compromesso/punto d’incontro tra quegli Stati che volevano comunque regolamentare il campo delle spedizioni internazionali di rifiuti pericolosi, ma senza aggiungere troppi freni, e quelli che, d’altro lato, spingevano per una disciplina molto più stringente.

La linea “dura”, se così si può dire, ha poi prevalso nella Convenzione di Bamako stipulata nel 1991 su iniziativa dell’OUA (Organizzazione per l’unità africana), con cui la maggioranza degli Stati africani, rimasti insoddisfatti del compromesso politico raggiunto con la precedente Convenzione di Basilea, ha imposto norme più severe per quanto riguarda l’importazione in Africa di rifiuti pericolosi: ai sensi dell’art. 4 della Convenzione di Bamako, infatti, le Parti devono proibire l’ingresso in Africa di rifiuti pericolosi provenienti da Stati che non sono firmatari di tale trattato[5].

Il quadro normativo si è poi arricchito nel corso del tempo anche con l’emergere di altre normative sovranazionali “regionali”, tra cui, ad esempio, si può citare il Regolamento n. 1013/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006, che abroga la precedente normativa contenuta nel Regolamento 259/93/CEE e nella decisione 94/774/CE, e che si applica alle spedizioni internazionali di rifiuti, pericolosi e non, qualora, tra le altre cose, un Paese appartenente all’Unione Europea sia coinvolto nella movimentazione a qualsiasi titolo (e quindi, sia come Paese di spedizione, che come Paese di transito e/o destinazione) [6].

Sebbene *prima facie* il sistema normativo di riferimento possa apparire molto frammentario, è bene ricordare che le varie normative internazionali sono in gran parte molto simili tra di loro in quanto, seppure con le dovute differenze, si basano sul modello e sui principi già stabiliti proprio con la Convenzione di Basilea, la quale occupa, pertanto, una posizione di fondamentale importanza.

Il preambolo della Convenzione di Basilea attualmente in vigore consente di individuare i principi generali alla base delle procedure ivi previste[7].

Nella parte introduttiva del Trattato internazionale innanzitutto si afferma, con una certa enfasi, che il movimento oltre frontiera di rifiuti pericolosi o di altri rifiuti, la loro gestione ed eliminazione deve avvenire nel rispetto della salute umana e dell'ambiente^[8]; si evidenzia il “*diritto sovrano [di ogni Stato] di vietare l'entrata o l'eliminazione, sul suo territorio, di rifiuti pericolosi e di altri rifiuti provenienti dall'estero*”;^[9] si ribadisce il principio di riduzione al minimo della produzione, pericolosità e movimentazione dei rifiuti^[10]; si afferma il principio del previo consenso informato per cui i movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi possono essere autorizzati soltanto se, oltre a svolgersi nel rispetto della salute umana e dell'ambiente, “*sono effettuati [...] in modo conforme alle disposizioni della presente Convenzione*”^[11]; si riconosce altresì la crescente tendenza a “*voler vietare i movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi e la loro eliminazione in altri Stati, in particolare nei Paesi in via di sviluppo*” i quali “*dispongono di una capacità limitata di gestione dei rifiuti pericolosi e di altri rifiuti*” e che pertanto “*è necessario promuovere il trasferimento, soprattutto verso i Paesi in via di sviluppo, di tecniche destinate ad assicurare una gestione razionale dei rifiuti pericolosi e di altri rifiuti prodotti localmente*”^[12]; e si evidenzia, infine, anche che la gestione ed eliminazione dei rifiuti deve essere ispirata al principio di prossimità, in base al quale “*i rifiuti pericolosi e gli altri rifiuti, nella misura in cui ciò è compatibile con una gestione ecologicamente razionale ed efficace, dovrebbero venir eliminati nello Stato in cui sono prodotti*”^[13].

Successivamente, la Convenzione, utilizzando un criterio formalistico, si occupa di definire il suo ambito di applicazione e a tal fine l'art. 1, letto in combinato disposto con l'art. 3, prevede che essa si applichi nei confronti dei rifiuti qualificati come pericolosi dagli allegati alla Convenzione stessa o dalle legislazioni delle Parti^[14].

1.2 La procedura delle movimentazioni transfrontaliere

Per quanto riguarda la disciplina vera e propria dei movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi la Convenzione di Basilea, dunque, non ne impedisce *tout court* le movimentazioni^[15], ma, al contrario, pare più corretto affermare che le esportazioni di tali beni siano consentite solo nel rispetto della procedura e delle garanzie ivi previste^[16].

Ad esempio, in applicazione del principio di prossimità, l'art. 4, comma 9, prevede che le movimentazioni oltre frontiera di rifiuti pericolosi e di altri rifiuti possono essere autorizzate solamente “*se lo Stato di esportazione non dispone dei mezzi tecnici e degli impianti necessari o dei siti di eliminazione richiesti per eliminare i rifiuti in questione secondo metodi ecologicamente razionali ed efficaci, oppure se i rifiuti in questione sono necessari come materia prima per l'industria del riciclaggio o del recupero nello Stato di importazione.*”^[17]

Ad ogni modo, la garanzia più importante prevista dalla Convenzione di Basilea, come anticipato nell'analisi dei principi fondamentali contenuti nel preambolo, consiste nel fatto che le movimentazioni transfrontaliere dei rifiuti pericolosi devono svolgersi sulla base di una procedura che si basa, essenzialmente, sul principio del previo consenso informato^[18]: i Paesi coinvolti nella spedizione devono autorizzare in via preventiva tale movimentazione, e nel fare ciò devono seguire le modalità elencate nella Convenzione di Basilea, pena l'illegalità della spedizione.

Innanzitutto, ciascuna parte deve designare, ai sensi dell'art. 5, una o più “*autorità competenti*”^[19] le quali hanno il compito di ricevere e rispondere a tutte le notificazioni relative alle movimentazioni di rifiuti pericolosi, così come sono deputate a ricevere ogni informazione relativa a tali spedizioni.

L'art. 5, inoltre, prevede che le parti designino anche una "autorità corrispondente", la quale ha essenzialmente il compito di ricevere e inoltrare alle altre parti altro tipo di informazioni[20].

Il successivo art. 6 disciplina l'intera procedura autorizzatoria di previo consenso informato: lo Stato di esportazione deve notificare, tramite la propria autorità competente, all'autorità competente dello Stato di importazione e degli Stati di transito ogni movimento di rifiuti pericolosi, oppure può esigere che tale compito sia svolto dal produttore o dall'esportatore.

Tale notifica deve essere accompagnata da un documento contenente le dichiarazioni e informazioni specificate nell'allegato V-A come, ad esempio, il motivo dell'esportazione dei rifiuti, l'esportatore dei rifiuti, il produttore o i produttori dei rifiuti e il luogo di produzione, l'eliminatore dei rifiuti e il luogo effettivo dell'eliminazione, denominazione e descrizione fisica dei rifiuti, dichiarazione del produttore e dell'esportatore attestante l'esattezza delle informazioni e informazioni concernenti il contratto concluso tra l'esportatore e l'eliminatore.

In questo modo allo Stato di importazione vengono fornite tutte le informazioni necessarie per decidere se dare "conferma per iscritto a chi ha inviato la notifica di averla ricevuta e nel contempo consente al movimento, con o senza riserva, oppure nega l'autorizzazione a procedere al movimento, oppure chiede un complemento d'informazione" (art. 6, par. 2)[21].

Le autorizzazioni rilasciate dai Paesi di importazione e di transito costituiscono nel meccanismo delineato dal trattato il presupposto necessario e fondamentale affinché il Paese di esportazione possa autorizzare l'esportatore a spedire i rifiuti pericolosi oltre frontiera.

Infatti lo Stato di esportazione autorizzerà l'esportatore ad iniziare il movimento oltre frontiera "soltanto dopo aver ricevuto la conferma scritta che l'autore della notifica ha ricevuto il consenso scritto dello Stato di importazione".[22]

Allo stesso modo anche l'autorizzazione del Paese di transito costituisce un presupposto necessario dell'autorizzazione all'esportazione del Paese di spedizione: quest'ultimo, infatti, "autorizza l'inizio del movimento oltre frontiera soltanto dopo aver ricevuto la conferma scritta dello Stato di transito".[23]

Ciononostante, è al Paese di importazione che spetta l'ultima parola in merito allo svolgimento della spedizione: se manca la sua autorizzazione, allora, "le parti vietano o non permettono l'esportazione di rifiuti pericolosi o di altri rifiuti".[24]

1.3 In particolare: il traffico illecito di rifiuti pericolosi e i rimedi previsti dal trattato

Tra le ragioni principali che hanno portato alla stipulazione della Convenzione di Basilea, si è visto, vi è la ferma intenzione delle parti firmatarie di contrastare il fenomeno delle movimentazioni illegali ed incontrollate di rifiuti pericolosi tra più Stati, in quanto estremamente dannoso per la salute umana e per l'ambiente.

Si da atto, infatti, già nel preambolo che la comunità internazionale è seriamente preoccupata dal problema del traffico illecito oltre frontiera di rifiuti pericolosi e di altri rifiuti[25], e a tal

fine la Convenzione si occupa anche di fornire alcuni strumenti giuridici per prevenire e risolvere tale eventualità.

Innanzitutto viene fornita la definizione della fattispecie di traffico illecito di rifiuti pericolosi o di altri rifiuti, per tale intendendosi, ai sensi dell'art. 9, una qualsiasi movimentazione oltre frontiera effettuata in assenza della notifica; senza il consenso degli Stati interessati; senza il reale consenso degli Stati interessati in quanto ottenuto mediante falsificazioni o frode; oppure quando non è materialmente conforme ai documenti; o, infine, quando comporta una eliminazione deliberata dei rifiuti pericolosi o di altri rifiuti in violazione delle disposizioni del trattato e dei principi generali del diritto internazionale.

Ciò posto, la Convenzione di Basilea offre una soluzione diversa a seconda di chi sia l'autore del traffico illecito di rifiuti pericolosi.

Se il movimento oltre frontiera di rifiuti pericolosi è considerato traffico illecito a causa del comportamento dell'esportatore allora lo Stato di esportazione, in primo luogo, provvede affinché i rifiuti in questione siano rimpatriati e, in secondo luogo, solo se il rimpatrio dei rifiuti non è di fatto possibile, si adopera affinché i rifiuti siano eliminati in altro modo e in maniera conforme alle disposizioni del trattato[26].

In questi casi, la Convenzione di Basilea precisa, *“le parti interessate non si oppongono al ritorno di tali rifiuti nello Stato di esportazione, né lo ritardano o lo impediscono.”*[27]

Se, invece, l'illegalità della spedizione è causata dal comportamento dell'importatore o eliminatore, spetta invece allo Stato di importazione provvedere affinché i rifiuti in questione vengano eliminati in modo ecologicamente razionale dall'importatore o dall'eliminatore o, in caso, anche dallo stesso Paese di destinazione.[28]

Infine, qualora la responsabilità del traffico illecito di rifiuti pericolosi non possa essere addossata all'esportatore, al produttore, all'importatore o all'eliminatore, le Parti interessate cooperano per eliminare tali rifiuti il più presto possibile e secondo metodi ecologicamente razionali all'interno dello Stato di esportazione, o di importazione o altrove.[29]

In aggiunta a tali rimedi, che sono riservati al caso in cui si verifichi una spedizione illecita di rifiuti pericolosi, la Convenzione di Basilea contiene anche ulteriori modi di risoluzione delle controversie che hanno valenza generale.

Innanzitutto, il primo comma dell'art. 20 pone la regola generale per cui se dovesse sorgere una questione circa l'interpretazione, applicazione o osservanza della Convenzione o di uno dei suoi protocolli le Parti *“si sforzeranno di dirimere la controversia mediante trattive o qualsiasi altra via pacifica di loro scelta.”*

In subordine, ai sensi del secondo comma, se le Parti non riescono a raggiungere un accordo tramite le modalità del primo comma, queste possono ricorrere a due strade diverse (che pare siano alternative): possono adire la Corte Internazionale di Giustizia, oppure possono avviare una procedura arbitrale alle condizioni definite nell'allegato VI alla Convenzione di Basilea; sempre al secondo comma, come norma di chiusura, poi, si stabilisce che *“se le Parti non pervengono ad un accordo per sottoporre il caso alla Corte Internazionale di Giustizia o a una procedura*

arbitrale, ciò non le esime dalla responsabilità di continuare a tentare di risolvere la controversia con i mezzi indicati nel paragrafo 1.”

2. La vicenda decisa dal giudice amministrativo.

Nel contesto normativo sopra ricostruito s'inquadra la vicenda adesso decisa in appello dal giudice amministrativo, che riguarda appunto una peculiare ipotesi di spedizione internazionale di rifiuti pericolosi che non si conclude felicemente in quanto, una volta giunti a destinazione, il Paese di importazione ne ordina l'immediato rimpatrio per violazione delle garanzie e delle procedure previste per le loro movimentazioni stabilite dalla Convenzione di Basilea.

Una società operante nel settore aveva chiesto alla Regione Campania l'autorizzazione per spedire in Tunisia, in più movimentazioni, circa 12.000 tonnellate di rifiuti non pericolosi (classificati come rifiuti non urbani ma speciali) dove sarebbero stati sottoposti a trattamenti di recupero.

Allo stesso tempo, al fine di ottenere l'autorizzazione anche da parte del Paese di importazione, la documentazione relativa a tale spedizione era stata trasmessa anche alle autorità tunisine, in particolare all'ANGED (*Agence nationale de Gestion des Déchets*), la quale aveva autorizzato l'importazione dei suindicati rifiuti.

Dopo aver ricevuto il consenso dell'ANGED, e dopo aver ricevuto conferma da parte del Consolato di Tunisia a Napoli che l'ANGED fosse l'autorità competente ad esprimersi in merito, la Regione Campania aveva autorizzato l'esportazione dei rifiuti e una prima parte delle movimentazioni si svolge con esito positivo.

Le restanti movimentazioni, tuttavia, venivano bloccate presso il porto tunisino di arrivo in quanto le autorità locali asserivano di aver accertato, tramite un'istruttoria interna non comunicata neanche all'esportatore, che i rifiuti in oggetto erano in realtà rifiuti pericolosi. Secondo l'amministrazione tunisina, questi rientravano nella categoria "rifiuti urbani Y46" di cui alla Convenzione di Basilea, la quale ne vietava le movimentazioni se non nel rispetto di determinate particolari garanzie. Inoltre, sempre secondo l'Autorità tunisina, la direzione regionale dell'ANGED non era l'autorità competente a rilasciare l'autorizzazione per l'importazione di tali rifiuti ai sensi della Convenzione di Basilea.

Sulla base di tali ragioni, il Responsabile del Ministero degli Affari locali e dell'ambiente della Tunisia comunicava all'impresa esportatrice che la spedizione da essa svolta era da ritenersi illegale, e ordinava pertanto il rimpatrio dei rifiuti in Italia.

Conseguentemente all'ordine di rimpatrio emesso dalle autorità straniere, anche la Regione Campania, con un proprio provvedimento, ordinava all'esportatore di ritrasportare i rifiuti in Italia.

L'impresa esportatrice ricorreva a questo punto innanzi al TAR Napoli chiedendo, *inter alia*, l'annullamento del provvedimento di rimpatrio adottato dalla Regione Campania, l'accertamento della corretta classificazione dei rifiuti e *“la condanna delle amministrazioni*

resistenti all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio anche mediante la tempestiva attivazione procedura risolutiva ex art. 20 della Convenzione di Basilea ai fini della risoluzione sul piano internazionale della controversia”.

Con sentenza il giudice amministrativo di primo grado Rigettato il ricorso di primo grado dichiarando il difetto assoluto di giurisdizione sulle domande proposte dalla ricorrente, la quale, successivamente, proponeva appello al Consiglio di Stato che, con la sentenza che si annota, confermava la pronuncia resa dal TAR.

Dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione con sentenza del Tar Napoli, 9 febbraio 2021 n. 834, l'impresa ricorreva in appello al Consiglio di Stato.

Secondo il giudice amministrativo, la complessa e articolata domanda dell'impresa ricorrente si riassumerebbe sostanzialmente in due questioni: se, in considerazione del fatto che il gravato ordine di rimpatrio dalla Regione Campania si basa su atti emanati da una amministrazione straniera, sui provvedimenti adottati dalle autorità tunisine possa ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo; se la pretesa della società esportatrice a che lo Stato italiano promuova una procedura di arbitrato internazionale nei confronti della Tunisia ex art 20 della Convenzione di Basilea costituisca una situazione giuridica soggettiva tutelabile in giudizio o meno.

3 La questione della giurisdizione sui provvedimenti emanati dall'amministrazione tunisina: i poteri sovrani dello Stato di importazione .

Secondo il giudice amministrativo, la decisione sull'annullamento dell'ordine di rimpatrio della Regione Campania non può prescindere dall'esame degli atti precedentemente adottati dall'amministrazione tunisina, in quanto, in virtù del meccanismo delineato dalla Convenzione di Basilea, tra i due “è ravvisabile un rapporto di presupposizione necessaria, in ragione del quale l'atto straniero a monte si atteggi[a] come presupposto unico ed imprescindibile dei successivi atti nazionali che, in quanto tali, sono rispetto a quello, meramente consequenziali, ponendosi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di ulteriori valutazioni di interesse, stante il carattere immediato, diretto e necessario del rapporto che s'instaura tra gli atti considerati.”

Tale considerazione ha portato il giudice a declinare la giurisdizione sulla domanda di annullamento, superando sbrigativamente anche il tentativo dell'appellante di escludere la qualificazione degli atti dell'amministrazione straniera come atti compiuti *jure imperii*.

In applicazione del noto principio consuetudinario di diritto internazionale “*par in parem non habet iudicium*”, gli atti compiuti *iure imperii* dalle autorità straniere godono infatti dell'immunità giurisdizionale da parte degli altri Stati, e ciò rende pacifico che sui provvedimenti emanati dall'amministrazione tunisina non possa sussistere la giurisdizione (amministrativa) del giudice italiano.

Sotto questo profilo, la stessa Convenzione di Basilea non sembra consentire l'esclusione della suddetta qualificazione nel momento in cui si basa sul principio fondamentale per cui è

“riconosciuto pienamente ad ogni Stato il diritto sovrano di vietare l’entrata o l’eliminazione, sul suo territorio, di rifiuti pericolosi e di altri rifiuti provenienti dall’estero.”[30]

Ciò costituisce uno dei pilastri su cui è costruita l’intera Convenzione di Basilea e, infatti, esso trova applicazione in gran parte delle disposizioni ivi contenute, tra cui, in particolare, in quelle relative alla procedura autorizzatoria di previo consenso informato ed in quelle relative al rimpatrio dei rifiuti a seguito dell’accertamento dello svolgimento di un traffico illecito ad opera del comportamento dell’esportatore (che in questo caso non aveva rispettato le disposizioni del trattato avendo richiesto l’autorizzazione alla movimentazione ad una autorità straniera incompetente)[31].

Pertanto, quando al verificarsi di una spedizione internazionale illegale lo Stato di importazione ordina il rimpatrio dei rifiuti esso non sta agendo di certo *jure privatorum* anche se si muove nel contesto internazionale, ma sta esercitando il proprio *“diritto sovrano di vietare l’entrata o l’eliminazione sul proprio territorio”* di rifiuti pericolosi esteri.

Tanto è vero che quando viene ordinato allo Stato di esportazione di riprendersi i rifiuti spediti, come evidenziato in sentenza, la Convenzione di Basilea *“non pone alcuna condizione, prescrizione o limitazione a tale ultimo proposito, ma prevede, anzi, espressamente, che lo Stato di esportazione né si opporrà né ritarderà né impedirà il ritorno dei rifiuti il cui traffico è stato dichiarato illecito.”*

Da tanto esposto, secondo il Consiglio di Stato, discende che *“a dispetto di quanto censurato dall’appellante, le note provenienti dalla Repubblica di Tunisia si configurano come atti autoritativi e decisori, esercizio di funzioni sovrane, da parte di un altro Stato”* sui quali, pertanto, non può sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo italiano.

L’assunto, riferito ad atti amministrativi di un’autorità straniera, è sicuramente corretto, ma rimane il fatto che di per sé non spiega l’asserito difetto di giurisdizione sui provvedimenti amministrativi dell’autorità amministrativa nazionale italiana, come si sottolinea meglio di seguito.

4 La questione dell’attivazione dell’arbitrato internazionale. La discrezionalità politica dello Stato di esportazione

La società esportatrice aveva altresì chiesto l’accertamento e la condanna delle Amministrazioni resistenti ad attivare tempestivamente la procedura arbitrale prevista ai sensi dell’art. 20, secondo comma, della Convenzione di Basilea nei confronti della Tunisia.

In relazione a tale domanda il giudice amministrativo, richiamando gli insegnamenti della Corte Costituzionale, ha ritenuto che non è ravvisabile un obbligo del Governo italiano di avvalersi del procedimento arbitrale e di attivare la cooperazione internazionale in quanto tale attività rientra all’interno di *“prerogative governative – di natura eminentemente politica – in materia di esecuzione di trattati internazionali.”*

Dunque, trattandosi di un atto che il Governo emana nell’esercizio del potere politico, è altresì pacifico che, ai sensi dell’art. 7, co. 1, c.p.a., questo non può essere impugnato davanti al giudice amministrativo.

Sulla base di queste motivazioni, in primo grado, la domanda di attivazione della procedura di arbitrato internazionale veniva dichiarata inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione.

Riproposta la questione in appello, il Consiglio di Stato ha ritenuto meritevole di conferma la pronuncia di primo grado ribadendo che *“La possibilità di esperire un arbitrato internazionale, previsto dall’art. 20 della Convenzione, si profila come una soluzione rimessa alla scelta politica di ciascuno Stato, rispetto alla quale l’interessato non vanta alcun interesse giuridicamente qualificato. Si tratta infatti di attività chiaramente di natura politica, che involge delicati profili correlati ai rapporti internazionali fra gli Stati, di per sé espressione di una funzione sovrana apicale, libera nel fine e perciò sottratta al sindacato giurisdizionale.”*

Sotto questo profilo, il Consiglio di Stato ritiene doveroso chiarire che la declinatoria della giurisdizione del giudice amministrativo anche in relazione alla domanda di arbitrato non lede in alcun modo il diritto di difesa, costituzionalmente garantito, della società esportatrice, in quanto il ricorso al giudice amministrativo nazionale e/o all’arbitrato internazionale non sono le due uniche opzioni esistenti per far valere i diritti dell’esportatore.

La possibile sede per tutelare le proprie pretese, a maggior ragione quando in una fattispecie del genere gli Stati coinvolti hanno deciso di non attivare la procedura arbitrale prevista dalla Convenzione di Basilea, è infatti rappresentata dal foro del Paese di importazione, ossia della Tunisia.

Il Consiglio di Stato si preoccupa al riguardo di precisare che *“non va inoltre sottaciuto che il principio affermato dalla pronuncia del T.a.r. non priva di tutela la società odierna appellante, la quale - pienamente consapevole di aver intrapreso un’attività che la pone in contatto con le istituzioni, le procedure e l’ordinamento giuridico di un altro Paese – ben può, conseguentemente, adire gli organi giurisdizionali della Repubblica di Tunisia, per ivi proporre le sue censure e ivi far valere i suoi interessi o i suoi diritti.”*

In conclusione, quindi, considerato il ventaglio di opzioni a disposizione dell’esportatore per tutelare le proprie ragioni, e considerato altresì che non è stata data prova di aver esperito le necessarie azioni processuali innanzi agli organi giurisdizionali della Tunisia o che presso queste autorità l’esportatore abbia ricevuto un diniego di giustizia o una decisione non conforme ai principi basilari dell’ordinamento italiano, anche questo motivo di gravame viene respinto e l’appello viene definitivamente rigettato con conferma della sentenza di prime cure.

5. Considerazioni conclusive

Non pare si possa seriamente dissentire dalla soluzione data dal giudice amministrativo alle questioni così come dallo stesso poste.

Ciò che tuttavia non convince nella decisione del giudice amministrativo è, come si è accennato, il fatto che sia praticamente scomparsa la questione della giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti dell’amministrazione italiana.

Se infatti è corretto ritenere che il giudice amministrativo italiano sia privo di giurisdizione e non possa quindi sindacare gli atti se questi provengono dall'autorità tunisina, è anche vero che la ricorrente aveva comunque impugnato dinanzi al TAR un provvedimento dell'amministrazione italiana, non tunisina. E che per quanto l'ordine di rimpatrio della Regione Campania potesse e dovesse ritenersi vincolato nel contenuto dalla decisione delle autorità tunisine, esso rimaneva comunque un provvedimento almeno in astratto impugnabile innanzi al giudice amministrativo italiano ai sensi dell'art 113 Cost., il quale come è noto, statuisce che “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale” e che “tale tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi d'impugnazione o per determinate categorie di atti”.

Già in sede commento della pronuncia di primo grado, si era sotto questo profilo sottolineato che sarebbe stato più corretto dichiarato infondato il ricorso, perché l'atto impugnato non poteva mai avere un diverso contenuto in ragione dell'insindacabile vincolo derivante dalla decisione dell'autorità straniera, piuttosto che declinare la giurisdizione su un provvedimento amministrativo^[32].

Se la qualificazione della spedizione come traffico illecito di rifiuti pericolosi e il conseguente ordine di rimpatrio sono atti che lo Stato di importazione compie nell'esercizio di poteri sovrani e di governo e non sono pertanto sindacabili dal giudice amministrativo nazionale del paese di esportazione, non pare che dal riconoscimento dell'immunità giurisdizionale a favore di detti provvedimenti stranieri possa automaticamente discendere il difetto assoluto di giurisdizione anche sulla domanda di annullamento del provvedimento emanato dalla regione Campania.

Infatti, ai sensi del 113 Cost., il provvedimento della Regione Campania dovrebbe essere pur sempre impugnabile.

Secondo il meccanismo delineato dall'art. 9 della Convenzione di Basilea esso appare senz'altro come un provvedimento vincolato nel concreto contenuto, perché l'amministrazione italiana, a fronte dell'ordine di rimpatrio emanato dalla Tunisia, non può “*opporsi, ritardare o impedire il rientro*” di tali rifiuti, ma, anzi, è tenuta ad adoperarsi affinché i rifiuti tornino in Italia. Ma, se il provvedimento amministrativo non può avere un diverso contenuto, ciò dovrebbe a rigore portare alla pronuncia d'infondatezza del ricorso o semmai alla pronuncia d'inammissibilità per carenza d'interesse ai sensi dell'art 21 *octies* della l. 241/1990 e s.m.i., non ad una pronuncia di difetto di giurisdizione.

Nulla da eccepire invece con riferimento alla pronuncia declinatoria della giurisdizione con riferimento alla mancata proposizione dell'arbitrato internazionale, poiché appare in realtà pacifico che la ricorrente non possa vantare alcuna situazione giuridica tutelabile in giudizio, in quanto la decisione del Governo di iniziare (o non iniziare) la procedura arbitrale internazionale ex art. 20 della Convenzione di Basilea, costituisce un chiaro atto politico che, come è noto, ai sensi dell'art. 7, co. 1, cpa, non può essere impugnato davanti al giudice amministrativo.

[1] Per un'analisi più generale delle normative sovranazionali in tema di spedizioni di rifiuti pericolosi si rinvia a S. FRANCARIO, *Movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e giurisdizione amministrativa*, in www.federalismi.it, n. 16, del 30 giugno 2021.

[2] Tra i tanti, si possono ricordare il caso dei fratelli Colbert i quali compravano da industrie americane rifiuti chimici pericolosi e, invece di eliminarli come rifiuti pericolosi all'interno degli Stati Uniti, li riciclavano, li annacquavano e li vendevano come prodotti chimici vergini a vari Stati Africani (per un'analisi più approfondita si veda S.M. MÜLLER, *Hidden Externalities: The globalization of hazardous waste*, in *Business History Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 93, 2019, pp. 51 e ss); o ancora la c.d. nave dei veleni Khian Sea, la quale, con un carico di circa 15 mila tonnellate di rifiuti nella stiva e al fine di risolvere una situazione di emergenza rifiuti, partì dal porto di Philadelphia nel 1986 e scaricò detti rifiuti in più di 11 Paesi diversi oltre che in mare aperto e, nonostante ciò, gli stessi rifiuti scaricati in mare, dopo non molto tempo, furono ritrasportati dalle correnti sulle coste della città di Philadelphia da dove erano partiti; gli eventi legati alla città nigeriana di Koko, la quale passò alla cronaca verso la fine degli anni '80 quando fu scoperto che alcune imprese italiane spedivano container carichi di rifiuti pericolosi nella città nigeriana di Koko, dietro il pagamento di circa 100 dollari, al mese.

[3] Cfr. P. M. DUPUY, J. E. VINUALES, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 273, dove gli A. a proposito delle origini della Convenzione di Basilea affermano che: “*The Basel Convention is also rooted in the environmental justice movement, and its predecessor was also a non-binding instrument. At the origin of this treaty lies a controversial factual configuration characterized by the generation of large amounts of waste in developed countries (or their richest regions) and the transfer of that waste to developing countries (or poor regions) for elimination or simply discharge. This phenomenon, largely induced by the high costs of waste disposal in the countries that generate such waste, came under much criticism, especially because of the impact on the environment and health of the people in receiving States and regions.*”

Nello stesso senso cfr. anche S.A. KHAN, *Clearly hazardous, obscurely regulated: lessons from the Basel Convention on waste trade*, in *American Journal of International Law Unbound*, Symposium on global plastic pollution, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 201, dove si sottolinea proprio che “*The Basel Convention was adopted in 1989 based on broad international consensus that the widespread business practice of exporting hazardous waste from industrialized to developing countries required stricter regulation. Accounts of the negotiation process show that beneath the general consensus that disposing toxic wastes in poor countries was unethical [...].*”

In generale sul tema si vedano anche K. KUMMER, *International management of hazardous wastes: the Basel convention and related legal rules*, Oxford University Press, Oxford, 1995; J. CLAPP, *Toxic Exports: The transfer of hazardous wastes from rich to poor countries*, Cornell University Press, London, 2001.

[4] Cfr. considerando n. 1 delle Linee direttive e principi del Cairo concernenti la gestione ecologicamente razionale dei rifiuti pericolosi.

La loro funzione di “guidelines”, ossia di suggerimento ai legislatori nazionali per modificare la propria normativa in materia, è confermata anche dai successivi punti del preambolo. Si prenda in considerazione, ad esempio, il considerando n. 3: “*These guidelines are without prejudice to the provisions of particular systems arising from international agreements in the field of hazardous waste management. They have been developed with a view to assisting States in the process of developing appropriate bilateral, regional and multilateral agreements and national legislation for the environmentally sound management of hazardous wastes.*”

[5] M. M. MBENGUE, *Principle 14*, in *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 384 e ss. dove l'A. sottolinea che: “*Due to several publicized incidents in the mid 1980s involving hazardous wastes produced in industrialized countries and dumped in developing countries, international law has focused primarily on the permissibility of international movements and trade in waste and other hazardous substances. In this focus, a particular tension has emerged: the desire of many developing countries, particularly African states, to ban international trade in waste, and the opposition by many industrialized countries, desiring to keep their waste disposal options open. There are significant economic incentives that influences state policies regarding trade in hazardous substances and activities, and the industries and agricultural sectors that produce the substances in question are often of significant economic and therefore political importance regionally. Due to the high costs of disposal of such activities and substances in developed countries with stronger environmental regulation and enforcement, these industries seek to dispose of these substances in the developing world where costs are significantly lower.*”

[6] Per una ricostruzione delle regole generali e dei principi fondamentali della normativa comunitaria in materia di rifiuti si veda M. MEDUGNO, T. RONCHETTI, *Economia circolare e trasporto transfrontaliero dei rifiuti*, in *Ambiente & Sviluppo*, 10, 2018, pp. 646 e ss.; A. STORTI, *Spedizione transfrontaliera di rifiuti: sistematica delle fonti e profili problematici*, in www.lexambiente.it, 2017; C. FELIZIANI, *La gestione dei rifiuti in Europa*, in www.federalismi.it, 2017; C. BOVINO, *La normativa ambientale*, in *Manuale Ambiente*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, pp. 415 e ss.; P. DELL'ANNO, *Disciplina della gestione dei rifiuti*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* (diretto da P. DELL'ANNO, E. PICOZZA), Cedam, Padova, 2012, II, pp. 162 e ss.;

Più in generale sull'evoluzione dei principi generali in materia di ambiente e di rifiuti a livello comunitario cfr. R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, op. cit., I, pp. 151 e ss.; M. MONTINI, *Unione*

Europa e Ambiente, in *Codice dell'ambiente* (a cura di S. NESPOR, A. L. DE CESARIS), Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 47 e ss.; A. JAZZETTI, *Manuale sui rifiuti*, Il Sole 24 ore, Milano, 2001, pp. 1 e ss.

[7] Sui principi generali alla base della Convenzione di Basilea cfr. P. M. DUPUY, J. E. VINUALES, *International Environmental Law*, op. cit., pp. 273 e ss.: “The general approach of the Basel Convention is summarized by K Kummer, former Executive Secretary of the Convention, as follows: (i) the reduction of hazardous waste generation to a minimum (‘principle of waste minimisation’, Article 4(2)(a)); (ii) the disposal in an environmentally sound manner by facilities located as near to the source of generation as possible (‘principle of proximity disposal’, Article 4(2)(b)-(c)); (iii) absolute prohibition of exports of hazardous waste in some cases (to States which are not parties to the Convention, to Antarctica, to States which have prohibited imports or do not have the capacity to manage them in an environmentally sound manner, or from an OECD State to a non-OECD State); (iv) in all other cases, the exports of hazardous waste must comply with the system established by the Convention, namely the disposal must be carried out in an environmentally sound manner in the country of import and the transboundary movement must meet certain conditions, mainly a specific PIC procedure (Article 6); (v) hazardous waste which is exported illegally or which is not disposed of in an environmentally sound manner must be re-imported into the State of origin.”

[8] Il principio che impone che le spedizioni transfrontaliere di rifiuti devono innanzitutto svolgersi in una maniera tale da rispettare la salute umana e l'ambiente si evince da molteplici disposizioni del preambolo dove, in particolare, si legge che: “Le parti alla presente Convenzione, coscienti dei danni che i rifiuti pericolosi e altri rifiuti nonché i movimenti oltre frontiera di tali rifiuti rischiano di causare alla salute umana e all'ambiente; conscie della minaccia crescente che rappresentano per la salute umana e l'ambiente la sempre maggiore complessità e lo sviluppo della produzione dei rifiuti pericolosi e di altri rifiuti nonché i loro movimenti oltre frontiera; conscie ugualmente del fatto che il modo più efficace per proteggere la salute umana e l'ambiente dai pericoli che rappresentano tali rifiuti consiste nel ridurre al minimo la loro produzione dal punto di vista della quantità e/o del pericolo potenziale; convinte che gli Stati dovrebbero prendere le misure necessarie per fare in modo che la gestione dei rifiuti pericolosi e di altri rifiuti, compresi i loro movimenti oltre frontiera e la loro eliminazione, sia compatibile con la protezione della salute umana e dell'ambiente, qualunque sia il luogo nel quale tali rifiuti vengono eliminati; fatto notare che gli Stati dovrebbero provvedere affinché il produttore adempia gli obblighi relativi al trasporto e all'eliminazione dei rifiuti pericolosi e di altri rifiuti in un modo che sia compatibile con la protezione dell'ambiente, qualunque sia il luogo nel quale tali rifiuti vengono eliminati.”

[9] Cfr. Considerando n. 6.

[10] Cfr. Considerando nn. 3, 10, 17 e 18.

[11] Cfr. Considerando n. 9.

[12] Cfr. Considerando nn. 7, 20, 21.

[13] Per una recente applicazione del principio di prossimità in materia di spedizioni internazionali di rifiuti si veda Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. VIII, sentenza 11 novembre 2021, Causa C-315/20. Una società italiana aveva richiesto alla Regione Veneto l'autorizzazione preventiva per la spedizione in Slovenia di rifiuti urbani non differenziati prodotti in Italia. La Regione si era opposta alla spedizione osservando in particolare che: sebbene i rifiuti in esame erano stati sottoposti a un trattamento meccanico al fine del loro utilizzo in combustione, tale operazione non aveva sostanzialmente alterato la loro natura e rimanevano, pertanto, rifiuti urbani non differenziati e non potevano essere qualificati diversamente al fine di agevolare la loro movimentazione transfrontaliera; e che, in applicazione del principio di autosufficienza e prossimità, ispiranti anche la normativa comunitaria in materia di spedizioni internazionali tra Stati membri di rifiuti, sarebbe stato necessario smaltire tali rifiuti in Italia in quanto la stessa Regione Veneto si era dichiarata disponibile ad accogliere gli stessi disponendo nel proprio territorio di impianti in grado di soddisfare le esigenze dello spedizioniere. Lo spedizioniere aveva impugnato il provvedimento regionale dinanzi al TAR ottenendone l'annullamento; proposto l'appello dalla Regione, il Consiglio di Stato sottoponeva la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea chiedendo, in via di estrema sintesi se i rifiuti urbani indifferenziati, trattati meccanicamente da un impianto al fine del recupero energetico (operazione R1/R12 ai sensi del d. lgs. 152/2006), possono rimanere classificati come rifiuti urbani non differenziati; e se, inoltre, tale operazione possa influire sul diniego opposto dall'amministrazione italiana motivato sulla base del principio di prossimità.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea conferma che la natura dei rifiuti rimane inalterata: essi devono essere inquadrati come rifiuti urbani indifferenziati anche se sono stati sottoposti ad un trattamento meccanico di cui alle operazioni R1/R12.

Successivamente il giudice comunitario chiarisce anche che il diritto europeo, in particolare, in virtù dell'art. 11, paragrafo 1, lettera i) del regolamento 1013/2006, consente alle competenti autorità di spedizione di opporsi alla spedizione transfrontaliera di rifiuti urbani indifferenziati e che tale norma costituisce diretta applicazione del principio di prossimità, il quale costituisce uno dei cardini anche del quadro normativo approntato dal diritto europeo in materia.

Infatti, si legge in sentenza ai punti 25-26: “La Corte ha tuttavia sottolineato che, in tale ambito, per quanto concerne in particolare le misure atte ad incoraggiare la razionalizzazione della raccolta, della cernita e del trattamento dei rifiuti, una delle più importanti misure che devono essere adottate dagli Stati membri, in particolare tramite gli enti locali dotati di competenza a tale riguardo, consiste nel cercare di trattare

detti rifiuti nell'impianto più vicino possibile al luogo in cui vengono prodotti, segnatamente per i rifiuti urbani non differenziati, per limitarne al massimo il trasporto.

Ne consegue che, conformemente all'art. 3, par. 5, e all'art. 11, par. 1, lett. i) del regolamento n. 1013/2006, e al fine di garantire il rispetto dei principi di autosufficienza e di prossimità sanciti all'articolo 16 della direttiva 2008/98 e attuati dalle disposizioni succitate del regolamento n. 1013/2006, principi invocati, nel procedimento principale, dall'autorità competente di spedizione, quest'ultima può opporsi a una spedizione di rifiuti urbani non differenziati provenienti dalla raccolta domestica destinati al recupero o allo smaltimento."

[14] P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International law and the environment*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 477, dove gli A. affermano che "Wastes are 'hazardous' only when listed in the Convention's annexes, or if defined as such by national law and notified to the Convention's Secretariat."

Tuttavia proprio il ricorso a tale criterio formalistico sembra destare qualche perplessità in dottrina la quale evidenzia che in tal modo la definizione di rifiuto pericoloso sarebbe rimessa alla valutazione, svolta caso per caso, dagli Stati coinvolti. Così argomentando, un rifiuto qualificato come pericoloso, ad esempio, dallo Stato di esportazione, potrebbe essere considerato non pericoloso dallo Stato di importazione e ciò escluderebbe di conseguenza l'applicazione delle regole previste dalla Convenzione di Basilea, la cui applicazione, così ragionando, sarebbe rimessa alla interpretazione sovrana e discrezionale compiuta dalle Parti. Sul punto O. BARSALOU e M.H. PICARD, *International Environmental Law in an Era of Globalized Waste*, in *Chinese Journal of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 17, 2018, pp. 887 e ss dove si legge che: "Furthermore, the Basel regime does not precisely define 'hazardous waste', leaving the legal qualification of waste within the sovereign discretionary interpretation of States authorities. [...] This means that sovereign States are able to circumvent their international legal obligations and claim that the waste they manage, export and import is outside the purview of the Basel Convention. [...] By allowing States to subjectively interpret the concept of 'hazardous waste', international environmental law facilitates global waste displacement."

[15] Anche se, comunque, la Convenzione di Basilea prevede una serie di casi in cui le movimentazioni transfrontaliere di rifiuti pericolosi sono vietate e non possono essere autorizzate.

Ci si riferisce in primo luogo all'art. 4, comma 1, lett. a), dove è previsto il diritto per gli Stati firmatari di vietare ad ogni modo l'importazione di determinate categorie di rifiuti pericolosi; questo divieto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. b), dovrà essere comunicato alle altre parti secondo le modalità indicate dalla Convenzione stessa e, una volta adempiuta tale comunicazione, "le parti vietano o non permettono l'esportazione di rifiuti pericolosi o di altri rifiuti nelle parti che hanno vietato l'importazione di tali rifiuti, se questo divieto è stato notificato conformemente alle disposizioni del capoverso a) di cui sopra."

Inoltre l'art. 4, comma 5, in base al quale le spedizioni internazionali di rifiuti pericolosi possono avvenire solamente tra gli Stati firmatari della Convenzione e dove si legge che "Le Parti non autorizzano né le esportazioni di rifiuti pericolosi o di altri rifiuti verso uno Stato non Parte, né l'importazione di tali rifiuti provenienti da uno Stato non Parte."

L'art. 4, comma 6, invece, vieta l'esportazione di rifiuti pericolosi o di altri rifiuti in vista della loro eliminazione in Antartide.

Mentre l'art. 4, comma 2, lett. e), vieta le esportazioni di rifiuti pericolosi o di altri rifiuti "verso gli Stati o i gruppi di Stati appartenenti ad organizzazioni di integrazione politica o economica che sono Parti, in particolare i Paesi in via di sviluppo, che hanno vietato, nella loro legislazione, ogni importazione di tali rifiuti, oppure [ogni Parte vieta tali esportazioni] se ha motivo di credere che i rifiuti in questione non vi saranno gestiti secondo metodi ecologicamente razionali come quelli stabiliti dai criteri che le Parti definiranno in occasione della loro prima riunione."

[16] Cfr. J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 347, dove si legge che: "The Basel Convention of 1989 was negotiated in response to concerns that the transport of hazardous waste between countries could pose an environmental hazard to both transit and recipient countries. It does not ban the transport of hazardous waste, but places limits on its movement: it is permissible to export waste if the exporting country does not have sufficient disposal capacity or disposal sites capable of disposal in an environmentally sound manner, and if the waste is required as a raw material for recycling or recovery industries in the importing country."

[17] Sul punto P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International law and the environment*, op. cit. pp. 476, dopo aver ribadito che la Convenzione di Basilea è frutto di un compromesso tra gli Stati che volevano lasciare aperto lo spostamento di rifiuti pericolosi oltre frontiera e gli Stati che invece, all'opposto, lo volevano vietare *in toto*, affermano che da tale Trattato è possibile ricavare alcune importanti norme consuetudinarie: ad esempio, la regola che il "transboundary movement is permitted only in circumstances where the state of export does not have the capacity of facilities to dispose of the wastes in an environmentally sound manner itself, unless intended for recycling [...]" rappresenta un principio che "probably already represent customary law, since they are supported in part by state practice, by the sovereign right of states to control activities in their own territories, and by the responsibility of exporting states for activities within their jurisdiction which harm other states or the global environment."

[18] Cfr. J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, op. cit., p. 347, il quale afferma che: "In addition, the exporting state must obtain the consent of the importing state and transit states before allowing a shipment of hazardous waste."

Nello stesso senso anche O. BARSALOU e M.H. PICARD, *International Environmental Law in an Era of Globalized Waste*, op. cit., p. 899, dove gli autori affermano che “*The Basel Convention does not determine a legally binding cap on waste transfer across jurisdictions. Provided the host State consents and is notified by the exporting State, hazardous waste is legally traded on the international market. Technically speaking, the Basel Convention implements the Environmentally Sound Management (ESM) of hazardous waste through a Prior Informed Consent (PIC) Procedure. In short, there is no ban of waste transfer, rather a regulatory platform for exchange.*”

Della stessa opinione sono anche P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International law and the environment*, op. cit., p. 478, secondo cui: “*Only rarely does international law require the prior consent of other states before environmentally harmful activities may be undertaken. [...] Unusually, the essence of the control system established by the Basel Convention is the need for prior, informed, written consent from transit states and the state of import. Only in the case of transit states which are parties to the Convention can this requirement be waived in favour of tacit acquiescence. Information must be supplied which is sufficient to enable the nature and effects on health and the environment of the proposed movement to be assessed.*” Inoltre, sempre secondo gli A. (p. 476), anche questa regola positivizzata nella Convenzione di Basilea rappresenterebbe una norma di diritto internazionale consuetudinario: “*Lastly, the Basel and regional conventions demonstrate widespread agreement that trade which does take place requires prior informed consent of transit and import states*” e ciò rappresenta una “*customary law.*”

[19] Sul sito istituzionale della Convenzione di Basilea (www.basel.int) per autorità competente si intende “*the governmental authority designated to be responsible, within such geographical areas as the Party may think fit, for receiving notifications of transboundary movements and any related information and for responding to such notifications.*”

[20] Il sito istituzionale della Convenzione di Basilea (www.basel.int) definisce “l’autorità corrispondente” come “*the entity of a Party responsible for receiving and submitting information to other parties as provided for in articles 13 and 16 of the Convention.*”

[21] M. M. MBENGUE, *Principle 14*, op. cit., pp. 386 e ss., dove si legge che: “*The Basel Convention sets out detailed conditions for the international regulation of transboundary movements of hazardous and other wastes between parties, based on a system of ‘prior informed consent’. Under the regime, the exporting state must notify the states concerned of any transboundary movement and the importing state responds by giving its consent with or without conditions, denying permission, or requiring additional information. No transboundary movement can occur until the exporting state has received the written consent of the importing state and confirmation from that state of the existence of a contract between the exporter and the disposer that specifies the environmentally sound management of the wastes.*”

[22] Cfr. art. 6, co. 3, lett. a).

Inoltre, ai sensi dell’art. 6, co. 3, lett. b), in applicazione del principio della gestione ecologicamente razionale dei rifiuti, il trattato prevede anche che il rilascio dell’autorizzazione da parte dello Stato di esportazione sia subordinato al fatto che “*l’autore della notifica ha ricevuto dallo Stato di importazione la conferma dell’esistenza di un contratto, stipulato fra l’esportatore e l’eliminatore, sulla gestione ecologicamente razionale dei rifiuti in questione.*”

[23] Cfr. art. 6, co. 4.

[24] Cfr. art. 4, co. 1, lett. c).

[25] Cfr. considerando n. 19.

[26] Cfr. art. 9, co. 2, lett. a), b).

[27] Cfr. art. 9, co. 2, lett. b), ultimo periodo.

[28] Cfr. art. 9, co. 3.

[29] Cfr. art. 9, co. 4.

[30] Cfr. considerando n. 6.

[31] Cfr. P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International law and the environment*, op. cit., p. 476.

[32] Cfr. S. FRANCARIO, *Movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e giurisdizione amministrativa*, cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2000 – 26 ottobre 2021

Disposizioni “urgenti” in materia di protezione dei dati personali. Brevi note sul trattamento dati per finalità di pubblico interesse.

di Fabio Francario

Sommario : 1.- Il d.l. 8 ottobre 2021 n. 139 e l’urgenza di dettare disposizioni in materia di dati personali; 2.- Il diritto alla protezione dei dati personali non è super diritto fondamentale e può essere sacrificato o compresso dall’azione amministrativa nel rispetto del principio di legalità; 3.- Nel sistema disegnato dal GDPR la disciplina del trattamento dati per finalità di pubblico interesse si differenzia da quella del trattamento dati nei rapporti inter privati ed è irragionevole l’applicazione del principio di minimizzazione allo stesso modo; 4.- Necessità di un chiarimento sostanzialmente (solo) interpretativo; 5. – Le nuove disposizioni in materia di protezione dei dati personali; 6.- Osservazioni conclusive.

1.- Il d.l. 8 ottobre 2021 n. 139 e l’urgenza di dettare disposizioni in materia di dati personali.

Il decreto legge 8 ottobre 2021 n 139, c.d. decreto riapertura, detta disposizioni urgenti per l’accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l’organizzazione di pubbliche amministrazioni. Fin dalla rubrica precisa però di voler dettare disposizioni urgenti anche “*in materia di protezione dei dati personali?*”.

Viene subito da chiedersi dove sia l’urgenza di dettare disposizioni anche in materia di dati personali, ma la ragione viene ben presto in mente se solo si siano un po’ seguite le vicende che nell’ultimo biennio hanno caratterizzato l’organizzazione e lo svolgimento dell’attività delle amministrazioni chiamate a fronteggiare l’emergenza epidemiologica da Covid – 19, sia

attraverso azioni di contrasto e contenimento dell'epidemia, che di sostegno della ripresa delle attività sociali ed economiche.

Nell'articolo già pubblicato su questa Rivista lo scorso mese di settembre^[i] si è sottolineato come, in nome dell'esigenza di evitare che l'interesse alla protezione dei dati personali potesse correre non meglio precisati rischi (a causa del trattamento dei dati operato per finalità di pubblico interesse secondo modalità ritenute dal Garante non pienamente conformi ai principi della materia), l'intervento dell'Autorità garante abbia sovente arrestato o ritardato tanto l'erogazione delle misure di sostegno economico, quanto i relativi controlli, quanto ancora l'adozione delle stesse misure di contrasto dell'evento pandemico. Sono state a tal fine esemplificativamente richiamate una serie di vicende nelle quali ciò è sistematicamente avvenuto, mettendo in evidenza come l'interpretazione della normativa vigente propugnata dall'Autorità garante ed affermata nella prassi fosse praticamente diventata un fattore di blocco dell'azione amministrativa. Blocco assolutamente irragionevole nel bel mezzo di un'emergenza pandemica e in assoluta controtendenza rispetto allo sforzo complessivamente in atto nel nostro ordinamento negli ultimi anni, volto a recuperare quanto più possibile l'efficienza dell'amministrazione attraverso sempre più diffusi ed incisivi meccanismi di semplificazione dei processi decisionali e di rimozione della paura della firma in capo ai decisori pubblici.

I limiti e la non condivisibilità dell'interpretazione e dell'applicazione date alla normativa sulla protezione dei dati personali sono state più ampiamente illustrate nello scritto già citato, ma torna utile riassumerne sinteticamente le ragioni al fine di comprendere anzitutto il perché dell'urgenza di dettare nuove disposizioni in materia.

2.- Il diritto alla protezione dei dati personali non è super diritto fondamentale e può essere sacrificato o compresso dall'azione amministrativa nel rispetto del principio di legalità.

In linea di principio, la prima cosa da chiarire è che, in un contesto emergenziale come quello dell'evento pandemico, è assolutamente insostenibile ritenere che vi siano diritti o libertà individuali, anche fondamentali, che non possano essere compresse o sacrificate per le superiori esigenze di cura dell'interesse pubblico. Ciò è avvenuto per il diritto alla libertà personale, quando si è imposto il *lockdown*; per il diritto alla libertà di circolazione, quando si è limitata la circolazione tra comuni o regioni nel territorio nazionale o verso l'estero; quando per la carenza di risorse a disposizione negli ospedali non si è potuto assicurare a tutti il diritto alla vita.

In materia di *privacy*, si è invece praticamente ritenuto che quello alla protezione dei dati personali dovesse essere considerato come un super diritto fondamentale; che in nessun caso potesse essere sacrificato o compresso da un'azione amministrativa che non avesse un suo specifico fondamento nella normativa sulla protezione dei dati personali e che l'espressa attribuzione del potere di curare un determinato interesse pubblico non fosse pertanto sufficiente^[ii] per comprimere o sacrificare, nel rispetto del principio di legalità, tale super diritto. L'Autorità garante ha infatti più volte ritenuto privi di valida base giuridica i trattamenti effettuati senza aver previamente calcolato i possibili rischi per il diritto alla protezione dei dati personali, ovvero senza che le norme rendessero prevedibile in maniera

chiara e precisa da parte degli interessati il trattamento operato, ovvero ancora senza che fossero state adottate adeguate misure tecniche e organizzative per attuare in modo efficace la protezione dati; ovvero ha ritenuto i trattamenti sproporzionati rispetto all'interesse pubblico perseguito o privi di valida base giuridica, anche se previsti da una norma avente comunque forza e valore di legge, assumendo che non erano esattamente specificate le finalità del trattamento. In sostanza, ha preteso di applicare la normativa sulla protezione dei dati personali seguendo l'interpretazione più rigida e acritica possibile e senza minimamente tener conto o valorizzare il fatto che il trattamento dati per finalità di cura dell'interesse pubblico, nel sistema disegnato dal Reg. UE 679/2016 (GDPR), ubbidisce a regole e principi profondamente diversi rispetto a quelli che regolano la protezione dei dati personali nei rapporti inter privati. A partire dal fatto che la *“esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”* è di per sé considerata base giuridica sufficiente per rendere lecito il trattamento.

3.- Nel sistema disegnato dal GDPR la disciplina del trattamento dati per finalità di pubblico interesse si differenzia da quella del trattamento dati nei rapporti inter privati ed è irragionevole l'applicazione del principio di minimizzazione allo stesso modo.

La seconda cosa da chiarire è proprio l'irragionevolezza, più in generale, di una interpretazione della normativa recata dalla fonte comunitaria che tenda ad appiattirsi acriticamente sulla matrice privatistica che, in assenza del consenso dell'interessato, postula (ovviamente) un generale divieto di trattamento dei dati personali. Nell'impianto del regolamento comunitario, la disciplina del trattamento dati per finalità di pubblico interesse è invece profondamente differenziata rispetto a quella tratteggiata dal medesimo regolamento per la *data protection* nei rapporti inter privati^[iii], e ciò non può rimanere privo di conseguenze al momento di sciogliere le possibili opzioni interpretative.

Premesso che il GDPR non pone un generale divieto di trattamento dei dati personali comuni o ordinari, ma, al contrario, lo prevede unicamente per i dati cd sensibili o particolari espressamente indicati dall'art. 9 (i soli dati che possono rivelare *“l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, ... dati genetici, dati biometrici ... dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale”*), bisogna muovere dalla considerazione che il trattamento è da ritenersi lecito se solo ricorra una delle condizioni indicate dall'art. 6 del Regolamento come possibile base giuridica del trattamento. E l'art. 6 considera a tal fine, accanto alle ipotesi del consenso e dell'adempimento di un obbligo legale e distintamente da queste, quella della *“esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”* come una possibile base giuridica del trattamento^[iv]. Sul piano sistematico, oltre che letterale, la previsione ha importanza tutt'altro che trascurabile. Essa implica che l'attribuzione da parte di una norma primaria dell'esercizio di un compito d'interesse pubblico o di un pubblico potere è condizione necessaria e sufficiente per consentire all'amministrazione il trattamento dati, senza che sia necessaria un'espressa ulteriore previsione che precisi per quale specifica finalità viene consentito il trattamento. Specificazione che è invece necessaria nel caso la base giuridica del trattamento sia rappresentata dal consenso. Il solo consenso, ove prestato *“in bianco”*, senza espressa precisazione della finalità per la quale venga prestato, autorizzerebbe qualsivoglia uso o finalità del trattamento con le conseguenti intuibili possibilità di abuso. Ed

è per questo che le regole della minimizzazione sono perfettamente congeniali al sistema fondato sulla base giuridica del consenso e vanno rigorosamente applicate in tal caso; laddove s'impone quantomeno una maggiore elasticità nel caso in cui la base giuridica è data dalla *“esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”*. Nel primo caso, infatti, impongono al titolare di usarne nei limiti di quanto strettamente necessario per la specifica finalità dichiarata perché questi, diversamente, non sarebbe tenuto a comportarsi in tal modo. Nel secondo caso, invece, il soggetto pubblico agisce istituzionalmente perseguendo finalità predeterminate dalla legge, che sono quindi già perfettamente note all'interessato, e nell'osservanza del principio di proporzionalità, che impone di per sé come regola di condotta quella di arrecare il minor sacrificio possibile al diritto antagonista dell'interesse pubblico nel concreto del caso di specie.

Anche e soprattutto se considerata con riferimento alla fattispecie dell'obbligo legale, quella della *“esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”* rende subito evidente la differenza consistente nel fatto che, in un caso, la valutazione del trattamento come necessario e inevitabile è consumata direttamente dalla norma di legge, nell'altro è inevitabilmente rimessa all'amministrazione procedente, alla quale la legge ha attribuito il potere di curare l'interesse pubblico in una data materia o per una determinata funzione. Diversamente interpretata, la disposizione non avrebbe senso, perché la fattispecie sarebbe interamente assorbita nell'ipotesi dell'obbligo legale e non si distinguerebbe più da quest'ultima. Se la norma del GDPR non avesse inteso distinguere le fattispecie, sarebbe stata scritta diversamente, limitandosi a prevedere, molto più semplicemente, che, oltre alle ipotesi di consenso dell'interessato, il trattamento può ritenersi lecito nei soli casi e modi previsti dalla legge; senza distinguere tra le due ipotesi dell'adempimento dell'obbligo legale e del perseguimento di finalità di cura del pubblico interesse.

4.- Necessità di un chiarimento sostanzialmente (solo) interpretativo.

Le osservazioni sopra sinteticamente svolte consentono di concludere che, nel sistema disegnato dal DGPR, la previsione recata dalla lett e) dell'art 6 può e dovrebbe essere ritenuta di per sé sufficiente a fondare la base giuridica del trattamento, almeno dei dati comuni o ordinari, da parte della pubblica amministrazione, senza che si renda necessaria una successiva disposizione che specifichi ulteriormente le finalità e le modalità del trattamento.

Come sopra accennato, la prassi applicativa e l'interpretazione hanno purtroppo fino ad ora seguito la via opposta. L'acritica applicazione del principio di minimizzazione ai soggetti pubblici (come se questi, a differenza dei soggetti privati, non fossero già di per sé tenuti istituzionalmente ad agire per finalità predeterminate e nell'osservanza del principio di proporzionalità) ha avuto la conseguenza di far ritenere necessaria una specifica previsione di legge per ogni singolo trattamento (mezzi e finalità comprese) e di consentire al Garante un sindacato sul merito delle valutazioni discrezionali circa la necessità o meno di un dato intervento pubblico, arrivando così inevitabilmente a produrre quell'effetto di blocco o comunque di pesante condizionamento dell'esercizio della funzione amministrativa.

Questo fattore di blocco o di appesantimento dell'azione amministrativa, derivante, si ripete, da una quantomeno opinabile interpretazione della normativa sulla protezione dei dati

personali, in un momento storico come quello attuale, nel quale tutti gli sforzi sono diretti ad assicurare la ripresa post pandemica del Paese, è evidentemente apparso eccessivo ed insostenibile e rimuovibile attraverso un intervento sostanzialmente interpretativo, come del resto espressamente auspicato anche nel precedente già citato scritto.

5. – Le nuove disposizioni in materia di protezione dei dati personali

Le nuove disposizioni in materia di protezione dei dati personali sono recate dall'art 9 del d.l. 139/2021.

Concettualmente, le nuove disposizioni si appuntano su tre distinti oggetti.

Cominciando dalla fine, si osserva subito che il terzo e ultimo comma dell'art. 9 introduce una misura generale di semplificazione che, con specifico riferimento a riforme, misure e progetti del Piano nazionale di ripresa e resilienza, del Piano nazionale per gli investimenti complementari, nonché del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 prevede che, ove richiesti, i pareri del Garante per la protezione dei dati personali vanno resi nel termine non prorogabile di trenta giorni, decorso il quale può procedersi indipendentemente dall'acquisizione del parere.

Procedendo sempre a ritroso, si osserva poi che le disposizioni sono volte a valorizzare e potenziare il ruolo del Garante nella tutela della privacy più strettamente intesa con specifico riferimento ai rapporti e alle relazioni inter - personali. Viene introdotto nel Codice della privacy l'art 144 - bis che consente all'Autorità d'intervenire con i poteri inibitori, repressivi e sanzionatori di cui all'art 58 del Regolamento al fine di contrastare il fenomeno del cd *revenge porn*[v].

Si arriva così alle disposizioni che riguardano propriamente il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica e soggetti equiparati[vi].

L'art 9, al primo comma, sub lett. b), dispone l'abrogazione dell'art 2 – *quinquiesdecies* del Codice della privacy e prevede, sub lett. a), l'inserimento del comma 1 bis all'art. 2 – *ter* del medesimo Codice, con la consequenziale riscrittura *in parte qua* anche dei commi 2 e 3 sempre dell'art. 2 *ter*.

L'art 2 – *quinquiesdecies* era stato introdotto nel testo del Codice dall'art 2, comma 1, lett f) del d lgs 101/2018, che, nel recare le disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del GDPR, aveva contemplato la possibilità che l'Autorità garante potesse adottare d'ufficio provvedimenti di carattere generale per prescrivere misure e accorgimenti a garanzia dell'interessato per i trattamenti svolti per l'esecuzione di un compito d'interesse pubblico ritenuti tali da presentare rischio elevato. Questo incisivo potere di controllo preventivo e regolatorio, esercitato tra gli altri nel caso dell'introduzione dell'obbligo di fatturazione elettronica (cfr. Provvedimento in tema di fatturazione elettronica, 20 dicembre 2018, doc. web n. 9069072) o dell'impiego dell'App Immuni (cfr. Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 - App Immuni - 1° giugno 2020, doc. web 9356568), viene adesso soppresso. Le

implicazioni sulla ricostruzione anche sistematica dei poteri dell’Autorità garante nei confronti delle altre pubbliche amministrazioni sono di tutta evidenza.

Sub lett. a), il primo comma dell’art. 9 del d.l. 139/2021 prevede poi l’inserimento del comma 1 bis all’art. 2 – *ter* del vigente Codice della privacy (d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 e s.m.i.)

L’art 2 – *ter* apre il Capo II (*Principi*), del Titolo I (*Principi e disposizioni generali*) della Parte prima (*Disposizioni generali*) del Codice e, come da rubrica, è dedicato alla disciplina della “*Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri*”. Al primo comma dispone che “*La base giuridica prevista dall’articolo 6, paragrafo 3, lettera b), del regolamento è costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento*”. Vale quindi a precisare che l’obbligo legale o l’esecuzione di un compito d’interesse pubblico o connesso all’esercizio dei pubblici poteri di cui sia investito il titolare del trattamento (le due ipotesi di cui alla lett. b) del GDPR) rendono lecito il trattamento se hanno (l’obbligo o l’esecuzione del compito / funzione) fondamento in una norma di legge. La disposizione ha consumato in tal modo il rinvio al “*diritto dello Stato membro*” operato dal citato par 3, lett b) dell’art 6 del GDPR, ma, come detto, ha prestato il fianco a più interpretazioni, palesando l’opportunità di un intervento chiarificatore come quello adesso attuato.

La nuova previsione recata dal comma 1 bis, secondo la quale per le amministrazioni pubbliche e soggetti equiparati il trattamento dei dati personali “*è sempre consentito se necessario per l’adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l’esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti*”, all’apparenza potrebbe sembrare del tutto inutile, dal momento la norma, secondo la quale l’adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l’esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti dalla legge possono rappresentare una valida base giuridica del trattamento, è di per sé già recata dall’art. 6 del GDPR. La chiara valenza interpretativa ben si comprende però alla luce di quanto sopra osservato, in ordine all’interpretazione restrittiva affermata proprio con riferimento all’applicazione del citato art. 6.

Anche già solo alla luce della prima parte del disposto del comma 1 *bis* non può più sussistere dubbio alcuno sul fatto che “*l’adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l’esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti*” sia base giuridica sufficiente per il trattamento da parte di una pubblica amministrazione. Già solo il *quid novi* del testo, rappresentato unicamente dall’avverbio “*sempre*”, leva ogni possibile dubbio al riguardo: se il trattamento è sempre possibile quando necessario per l’adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l’esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti, ciò esclude che il trattamento possa avvenire solo nei casi in cui è espressamente previsto da una norma di legge.

Anche l’ulteriore precisazione recata dalla seconda parte del comma 1 *bis* e le ulteriori consequenziali disposizioni sul regime della comunicazione e diffusione chiariscono definitivamente che la necessità del trattamento, ai fini della cura di un pubblico interesse o dell’esercizio di pubbliche funzioni, non deve essere previamente valutata dal legislatore, ma può bene essere valutata dall’amministrazione alla quale la legge abbia attribuito quel determinato compito o pubblica funzione.

Il secondo periodo del comma 1 – *bis* chiarisce espressamente che “*la finalità del trattamento, se non espressamente prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, è indicata dall’amministrazione, dalla società a controllo pubblico in coerenza al compito svolto o al potere esercitato,*

assicurando adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento e fornendo ogni altra informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo ai soggetti interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano."

Anche la riscrittura dei commi 2 e 3 dell'art 2 – *ter* si rivela oltremodo significativa. Il comma 2 disciplina la comunicazione fra titolari dei dati comuni o ordinari e, prima della novella, prevedeva che, per l'esecuzione di un compito d'interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, la comunicazione fosse possibile solo nei casi espressamente previsti dalla legge e che, in mancanza di una espressa previsione di legge, la comunicazione dovesse essere in ogni caso previamente autorizzata (anche solo in forma tacita) dal Garante. La novella ha completamente eliminato il secondo periodo dell'art 2, che sottoponeva la comunicazione alla previa autorizzazione del Garante, e ha previsto che la comunicazione possa essere effettuata anche se ritenuta necessaria "*ai sensi del comma 1 – bis*"; ovvero rimettendo la valutazione circa la necessità della comunicazione all'amministrazione medesima. Lo stesso è a dirsi per la diffusione e la comunicazione contemplate al comma 3, per la quali si precisa parimenti che la valutazione di necessità può ben essere effettuata, in assenza di una espressa previsione di legge, "*ai sensi del comma 1 – bis*".

6.- Osservazioni conclusive.

Le disposizioni urgenti in materia di protezione dei dati personali dettate dall'art 9 del d.l. 139/2021 chiariscono che il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse (necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri) è sempre consentito se ritenuto necessario dall'amministrazione alla quale il compito o potere sia stato attribuito dal legislatore, senza che la finalità del trattamento debba essere espressamente specificata dal legislatore medesimo; e sottraggono la comunicazione dei dati (strumentale alla esecuzione di un compito di pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri) e la valutazione del rischio elevato (di un trattamento necessario per l'esecuzione di un compito d'interesse pubblico) alla potestà regolatoria dell'Autorità Garante.

Tanto l'espressa soppressione dei poteri in precedenza riconosciuti al Garante (per la valutazione dei rischi del trattamento o per la comunicazione e diffusione dei dati strumentali o connesse all'esecuzione di un compito di pubblico interesse o all'esercizio di un funzioni istituzionali), quanto l'inserimento del comma 1 - *bis* all'art 2 – *ter* del Codice, valgono indubbiamente a sottrarre il trattamento dati per finalità di pubblico interesse a quello stringente controllo che in precedenza ha consentito al Garante d'ingerirsi in maniera molto penetrante nella valutazione delle stesse finalità concretamente perseguite da una data azione amministrativa, sino al punto di valutarne l'effettiva utilità o l'astratta possibilità.

Sotto questo profilo, le disposizioni hanno una valenza interpretativa particolarmente significativa, che impone una lettura necessariamente più elastica dei principi di minimizzazione allorquando gli stessi non si rivolgono a rapporti tipicamente privatistici, ma devono essere applicati nei confronti del trattamento dati per finalità di pubblico interesse. Non solo la chiara indicazione della finalità di pubblico interesse deve essere ormai ritenuta necessariamente tale da poter di per sé giustificare l'eventuale trattamento anche in assenza

di una espressa previsione che specifichi la finalità del trattamento; ma bisogna allo stesso modo tener conto del fatto che anche le valutazioni di pertinenza, adeguatezza e limitazione del trattamento devono per la gran parte ritenersi assorbite nell'applicazione del più generale principio di proporzionalità. In ogni caso, si vuol dire, non è più possibile doppiare le valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione procedente per la cura dell'interesse pubblico nel concreto del caso di specie, con valutazioni di merito operate dall'Autorità garante in una maniera che non è consentita nemmeno al giudice amministrativo e che, per gli atti aventi forza e valore di legge, è riservata alla Corte costituzionale.

Queste prime conclusioni possono reputarsi pacifiche per il trattamento dei dati comuni o ordinari.

E' facile immaginare che il problema rimanga aperto per i dati cd particolari, o perlomeno per alcuni di essi. La soluzione non appare scontata.

Se è vero infatti che le modifiche introdotte non hanno toccato l'art 2 – *sexies*, che per motivi d'interesse pubblico ammette il trattamento solo nei casi, indicati dal secondo comma dell'articolo medesimo, in cui l'interesse pubblico può essere considerato "rilevante"; è anche vero che il nuovo comma 1 – *bis* è stato inserito all'interno dell'art 2 – *ter*, che reca i principi generali della disciplina del trattamento dei dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito d'interesse pubblico o connesso all'esercizio dei pubblici poteri, con particolare riferimento alla relativa base giuridica; e che l'art. 2 *sexies* consente il trattamento di categorie particolari di dati per motivi d'interesse pubblico, indicando al suo secondo comma quali motivi di pubblico interesse possano ritenersi rilevanti a tal fine. Non vi sarebbe quindi ragione per ritenere che, almeno nelle ipotesi contemplate dal citato secondo comma, non debba valere la regola generale dettata per il trattamento dei dati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri. Lo stesso art. 9 del GDPR, d'altronde, dopo aver posto il divieto di trattamento dei dati personali particolari al primo comma, al secondo comma precisa che il divieto non si applica (e che quindi il trattamento può ritenersi lecito), tra gli altri, nel caso in cui il trattamento "*è necessario per motivi d'interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri*".

Sarebbe pertanto opportuno che il permanere di questa ulteriore incertezza interpretativa venisse sciolto con apposita disposizione in sede di conversione del decreto - legge, precisando se e a quali ipotesi, tra quelle contemplate dal secondo comma dell'art 2 – *sexies*, si applica il comma 1 *bis* adesso introdotto dal d.l. 139/2021.

[i] F. Francario, Protezione dati personali e pubblica amministrazione in Giustizia Insieme, 1 settembre 2021; v. anche Protezione dei dati personali e PA. Intervista al Prof. Avv. Fabio Francario, in Diritto Mercato Tecnologia, 3 settembre 2021.

[ii] Ciò implica innanzi tutto che, nel sistema disegnato dal DPGR, porta a leggere la norma primaria che attribuisce il potere di trattare i dati personali per finalità di pubblico interesse, recata dall'art. 6, primo comma lett. e) del Reg. UE 2016/679, venga letta come mera norma di rinvio a ulteriori disposizioni che precisino la specifica finalità che il trattamento deve perseguire. A seguire il medesimo canone interpretativo, si dovrebbe allora arrivare ad analogia conclusione anche nel caso in cui il GDPR ritiene il trattamento lecito quando "*è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte*"; nel senso che, così come non si ritiene di per sé sufficiente l'attribuzione legislativa alla pubblica amministrazione del potere di curare un dato pubblico interesse, non potrebbe ritenersi sufficiente nemmeno il solo fatto dell'esistenza del contratto tra soggetti privati, imponendosi anche in tal caso, come necessaria, l'espressa previsione della possibilità di trattamento per quella determinata finalità in seno alla regolamentazione contrattuale. Il sistema disegnato dal GDPR contempla infatti

parimenti, come possibili basi giuridiche del trattamento, tanto l'ipotesi in cui esso "è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte", quanto quella in cui "il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento". In entrambi i casi bisognerebbe pertanto chiarire se la norma abbia o meno carattere immediatamente precettivo. Applicata nei confronti del solo trattamento in ambito pubblico, tale lettura produce peraltro il paradosso di raddoppiare l'operatività del principio di legalità nei confronti della pubblica amministrazione. Il che sarebbe un po' come dire che l'attribuzione del potere di espropriazione per finalità di pubblica utilità non consentirebbe all'amministrazione di valutare essa la sussistenza della pubblica utilità, ma richiederebbe una ulteriore norma che consenta di sacrificare il diritto di proprietà per la finalità specificata da quest'ultima. Ovvero, per fare un altro esempio, che l'attribuzione del potere di regolare gli usi delle strade non consentirebbe all'Amministrazione di provvedere con atti amministrativi alla collocazione di divieti di transito, di sosta o di accesso se non vi sia una ulteriore norma che predetermini le specifiche finalità per le quali può essere consentita la limitazione della libertà di circolazione.

[iii] Esempiare sotto questo profilo è la disciplina di un istituto assolutamente centrale nel sistema disegnato per la tutela del diritto al trattamento dei dati personali, qual è il diritto all'oblio. L'art 17 del GDPR si preoccupa di precisare che il diritto dell'interessato, di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali quando questi "non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati", non sussiste nei casi in cui il trattamento è necessario "per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento". Nel già sopra citato scritto *Protezione dati personali e pubblica amministrazione* si è precisato di ritenere comunque inaccettabili, sul piano valoriale più generalmente considerato, le interpretazioni che avrebbero l'effetto oggettivo di ridurre l'evoluzione della disciplina in tema di *privacy* ad una patrimonializzazione del diritto alla riservatezza, finalizzata a consentirne l'uso da parte dei *big data* ed a conservare e riposizionare il nucleo duro della riservatezza solo laddove ve ne sarebbe minor ragione, e cioè nell'ambito pubblico, nel quale la regola è quella della trasparenza e della conoscibilità.

[iv] Così come lo è, soprattutto rispetto a quella del consenso, come si è già ricordato sub nota 2, l'ipotesi del trattamento "necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte".

[v] "Art. 144-bis (Revenge porn). - 1. Chiunque, compresi i minori ultraquattordicenni, abbia fondato motivo di ritenere che immagini o video a contenuto sessualmente esplicito che lo riguardano, destinati a rimanere privati, possano essere oggetto di invio, consegna, cessione, pubblicazione o diffusione senza il suo consenso in violazione dell'art. 612-ter del codice penale, può rivolgersi, mediante segnalazione o reclamo, al Garante, il quale, entro quarantotto ore dal ricevimento della richiesta, provvede ai sensi dell'articolo 58 del regolamento (UE) 2016/679 e degli articoli 143 e 144.

2. Quando le immagini o i video riguardano minori, la richiesta al Garante può essere effettuata anche dai genitori o dagli esercenti la responsabilità genitoriale o la tutela.

3. Per le finalità di cui al comma 1, l'invio al Garante di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito riguardanti soggetti terzi, effettuato dall'interessato, non integra il reato di cui all'articolo 612-ter del codice penale."

[vi] Come meglio precisa il comma 1 – bis che viene inserito nell'art 2 – ter del d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (Codice della protezione dei dati personali), le previsioni concernono "Il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le Autorità indipendenti e le amministrazioni inserite nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché da parte di una società a controllo pubblico statale di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, con esclusione per le società pubbliche dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato".

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2023 – 16 novembre 2021

Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*

di Fabio Francario

Indice: 1. Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine - 2. Sul concetto di demanio necessario - 2.1. La nozione tradizionale di demanio marittimo come specie del demanio necessario - 2.2. Lo "scorporo" teorico del demanio portuale dal demanio marittimo - 2.3. Dal quadro tradizionale allo scenario contemporaneo - 3. I fattori di crisi della ricostruzione tradizionale - 3.1. La "patrimonializzazione" dei beni demaniali - 3.2. Il trasferimento delle funzioni di gestione dallo Stato agli enti territoriali - 3.3. La pianificazione di settore (i piani delle coste) - 4. Il problema della mancata o incompleta pianificazione - 5. Riepilogo.

1. Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine

Affrontare il tema dei rapporti tra pianificazione e discrezionalità amministrativa con riferimento al demanio costiero richiede di chiarire preliminarmente due questioni di più ampio respiro. La prima riguarda la precisazione dell'oggetto, nel senso che per affrontare il problema bisogna chiarire preliminarmente se e quale senso abbia distinguere il demanio costiero nell'ambito della categoria del demanio marittimo. La seconda questione da chiarire è se e come sia eventualmente cambiato qualcosa nel regime giuridico dei beni demaniali, e in particolare di quelli costituenti il demanio cd necessario. Solo rispondendo preliminarmente a questi due principali interrogativi possono poi trovare adeguata risposta una serie di problemi per così dire applicativi, quali sono ad esempio quelli legati alla decisione da assumere in assenza di pianificazione o in presenza di una pianificazione parziale o incompleta.

La prima parte delle presenti riflessioni viene pertanto dedicata alla ricostruzione della nozione tradizionale di demanio marittimo e alla enucleazione, nel suo seno, della categoria del demanio costiero, che, come si vedrà, si ricava per esclusione della speciale categoria del demanio portuale dalla categoria generale del demanio marittimo.

La seconda parte viene invece dedicata ai fattori di crisi che più in generale investono la concezione tradizionale del demanio necessario a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso (patrimonializzazione dei beni pubblici, demanio compreso; attuazione dell'ordinamento regionale suoi sviluppi, con trasferimento dei poteri gestori del demanio marittimo agli enti territoriali; pianificazione settoriale "integrata" delle coste).

La terza parte viene infine dedicata a vedere in che termini si ponga il rapporto tra pianificazione e discrezionalità con specifico riferimento al demanio costiero, delimitato nella sua attuale consistenza di bene giuridico

Nelle conclusioni si osserverà che le aree del demanio costiero da destinare ad usi di economia balneare debbano essere necessariamente previamente individuate dalla apposita pianificazione (settoriale integrata delle coste). Ciò per una ragione molto semplice. Perché quella del demanio costiero non è una pianificazione neutra o che deve disciplinare con scopo conformativo o vincolistico usi o beni privati e conseguentemente finalizzata in primo luogo a precisare cosa non si possa fare. Ma è una pianificazione che riguarda beni pubblici, beni pubblici necessariamente demaniali, che nasce in funzione conservativa e non ha necessità di dire ciò che non si può fare perché quello che non si può fare è già *in re ipsa* nella natura necessaria del bene demaniale, che implica che il bene non possa essere distratto dalla propria destinazione. La pianificazione deve piuttosto dire cosa si possa fare del bene demaniale, a quali usi possa essere destinato, fermo pertanto restando che se non si realizza rimane ferma la destinazione naturale del bene all'uso pubblico. E' una pianificazione, in sostanza, che non crea vincoli, ma libera il bene dai vincoli che altrimenti graverebbero necessariamente sullo stesso.

2. Sul concetto di demanio necessario

2.1. La nozione tradizionale di demanio marittimo come specie del demanio necessario

La tradizionale classificazione del demanio non conosce la categoria del demanio costiero, ma quella del demanio marittimo. Al pari del demanio idrico e di quello militare, il demanio marittimo è ritenuto una forma di demanio cd necessario; qualificazione che si contrappone a quella di demanio accidentale per sottolineare che il bene non è mai suscettibile di appropriazione dominicale da parte dei privati e che appartiene necessariamente allo Stato in ragione dell'importanza essenziale di tali beni per l'interesse della collettività nazionale (confini della nazione, acqua, difesa militare).

Per capire se la diversa aggettivazione (costiero e non marittimo) valga a circoscrivere diversamente l'oggetto del bene ed abbia una effettiva capacità qualificatoria bisogna pertanto necessariamente muovere dalla definizione (tradizionale) di demanio marittimo.

Secondo la voce dell'Enciclopedia del Diritto (vol XII) redatta da Querci nel 1964, per demanio marittimo “*s'intende il complesso di beni destinati a soddisfare gli interessi pubblici riguardanti la navigazione e il traffico marittimo*”. La nozione così lata include una serie di beni che sono poi analiticamente elencati dal Codice civile e dal Codice della navigazione: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti (art 822 cod.civ e art 28 cod nav.; l'art 28 cod nav aggiunge alla suddetta elencazione anche le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell' anno comunicano liberamente col mare e i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo).

È dubbio se l'elencazione abbia carattere tassativo o meno^[1] e in ogni caso è risultata spesso incerta l'esatta riconduzione di un determinato bene nell'ambito del demanio marittimo. Dibattuta e tormentata è sempre stata, ad esempio, la definizione di spiaggia, in relazione sia al lido del mare che all'arenile, cose di per sé variabili *in rerum natura* e che il legislatore si sforza d'individuare in maniera certa in via generale e astratta^[2].

È certo comunque che, una volta operata la riconduzione di un bene nell'ambito del demanio marittimo, da ciò ne deriva l'appartenenza necessaria allo Stato, con esclusione della possibilità di configurare un rapporto dominicale in capo non solo a soggetti privati, ma anche ad altri enti pubblici territoriali.

Nella ricostruzione tradizionale, la sottolineatura dell'importanza del profilo dominicale (proprietà necessariamente pubblica e statale) mette in evidenza il carattere di *res extra commercium* del demanio necessario e consente di concentrare l'attenzione sul regime degli usi funzionali al soddisfacimento dell'interesse pubblico primario affidato alle cure dell'Amministrazione statale^[3]. La riserva dominicale allo Stato, la proprietà pubblica, ha l'effetto di garantire che il bene possa essere impiegato direttamente dall'amministrazione statale per garantire l'interesse pubblico alla navigazione e ai traffici marittimi e alla difesa e alla sicurezza dello Stato; garantendo altresì la fruizione diretta del bene da parte dei cittadini *uti cives* ove le suddette esigenze non sussistano, senza che si possano però accampare diritti d'uso particolare nei confronti del bene. La creazione di usi particolari, volti a consentire lo sfruttamento economico del bene demaniale, è eccezionale, perché lo sottrae all'uso generale. E per questo è consentita solo nelle forme e nei modi previsti dalla legge, secondo il principio codificato nell'art 823 cod civ.. Per il demanio marittimo, il Codice della Navigazione e il Regolamento prevedono all'uopo un procedimento concessorio, soggetto a peculiari obblighi di pubblicità e contraddittorio che non intaccano il carattere discrezionale della concessione, che rimane avulsa da un vero e proprio sistema di pianificazione. Il regime giuridico del demanio marittimo deve garantire i “pubblici usi del mare”; espressione impropria perché il demanio marittimo in realtà è “asciutto” (lido, spiaggia, rade, porti), ma efficace nel rendere l'idea che la finalità primaria che deve essere perseguita è quella di garantire le esigenze della navigazione e della difesa militare dei confini dello Stato e l'uso non commerciale (ma diretto o generale) del bene^[4].

I possibili usi del bene dipendono così da una valutazione ampiamente discrezionale dell'Amministrazione proprietaria del bene e titolare dell'interesse pubblico che il bene è ritenuto per sua natura destinato a soddisfare, senza che vi sia necessità di una particolare

pianificazione o di raccordo con altri interessi. Le discipline generali cedono rispetto al regime speciale del bene demaniale^[5]. Basti pensare ai titoli abilitativi che si renderebbero necessari per la realizzazione di opere o strutture sull'area demaniale marittima, sostituiti e assorbiti dalla concessione demaniale (cfr. art 10, 3° co., l 6 8 1967 n 765).

2.2. Lo “scorporo” teorico del demanio portuale dal demanio marittimo

La tradizionale ricostruzione del sistema del demanio marittimo, completamente appiattita sulla teorica del demanio necessario che vuole salvaguardata la destinazione ritenuta naturale di tali beni all'uso generale o all'impiego diretto attraverso la riserva dominicale allo Stato, viene messa in discussione nella seconda metà del secolo scorso dagli studi di **Acquarone** (*Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in Riv. Dir. Nav., 1967, 3ss) e soprattutto di **Benvenuti** (*Ordinamento giuridico dei porti, con particolare riguardo a quelli industriali*, *Mondo economico*, XIX, 1964, 223 ora in *Scritti giur.*, III, 2321; *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in Riv. Dir. nav., 1965, 154 ss ora in *Scritti giur.* III, 2391ss).

Prendendo specificamente in esame l'ordinamento dei porti italiani, l'A. sottolinea come in tal caso si evidenzia nettamente l'esistenza di un interesse superiore tanto all'uso generale, quanto a quello esclusivo delle aree demaniali portuali, che è quello all'efficienza economica, rispetto al quale i primi due si profilano come serventi.

La superiorità di un interesse all'efficienza economica è quanto consente all'A. di

ricondurre a unità l'intera esperienza portuale e di teorizzare l'avvenuta divaricazione tra il regime del demanio portuale e quello degli altri beni del demanio marittimo. Secondo l'A., la disciplina unitaria dei beni demaniali marittimi, contenuta agli artt. 28 ss. del codice della navigazione celerebbe una sostanziale diversità degli oggetti da essa regolati: non solo i porti che, in virtù delle leggi speciali, sono stati formalmente “scorporati” dal demanio marittimo (e attribuiti alla gestione di enti *ad hoc*), ma anche tutti quelli ricadenti nel regime comune e quelli industriali, sarebbero beni ai quali l'interesse pubblico si lega in termini del tutto differenti dal resto dei beni demaniali marittimi; un interesse non tanto ancorato al valore finale, ma a quello strumentale, produttivo. L'Autore specifica i termini della distinzione chiarendo che “*la categoria, in senso ampio, dei beni portuali [...] è caratterizzata dall'uso che si possa fare di tali beni come punto d'incontro tra i traffici che provengono dal mare e i traffici che si sviluppano nel territorio terrestre*”. Questa funzione differenzia le aree portuali “*dall'insieme degli altri beni, che pur appartenenti al demanio marittimo, e che consistono nell'insieme delle coste, cioè luoghi nei quali avviene, bensì, l'incontro del mare con la terra, ma tale incontro non è utilizzato in funzione di traffici commerciali od industriali?*”.

Viene così delineata una netta distinzione tra demanio portuale e demanio costiero precisando, in maniera apparentemente soltanto empirica, che “*nel primo caso l'uomo utilizza i beni demaniali in quanto uomo economico; nell'altro caso, invece, essi vengono utilizzati dall'uomo nella sua qualità di persona che incontra il mare e che di esso si giova per fini esclusivamente individuali quali possono essere il diporto, lo svago, la salute ecc.*”.

L'espressione demanio costiero viene così ad assumere una efficacia qualificatoria sua propria nell'ambito della più ampia categoria del demanio marittimo, individuando, per esclusione, il demanio marittimo non portuale, che continuerebbe ad essere contraddistinto dalla tradizionale destinazione al pubblico uso^[6].

2.3. Dal quadro tradizionale allo scenario contemporaneo

Inizialmente la distinzione tra demanio portuale e costiero è dunque frutto essenzialmente del pensiero teorico dottrinario. Successivamente la distinzione prende più concretamente e completamente corpo anche nell'opera del legislatore, che divaricherà sempre più il regime delle due tipologie in ragione delle diverse finalità perseguite allorché dovrà occuparsi specificamente del demanio costiero per dare attuazione dell'ordinamento regionale e per contrastare il fenomeno erosivo delle coste, causato da fattori antropici e dai mutamenti climatici.

Se il problema del rapporto tra pianificazione e discrezionalità dovesse essere dunque risolto stando al quadro tradizionale, non vi sarebbero particolari problemi. Basterebbe limitarsi ad osservare in via generale che l'effetto della pianificazione, così come di qualsiasi altro atto normativo o a contenuto generale che s'interpone tra la norma attributiva del potere all'Amministrazione e il suo concreto esercizio, limita la discrezionalità amministrativa se e in quanto restringe il margine di scelta lasciato dal legislatore all'amministrazione in ordine alla cura concreta del pubblico interesse; per concludere agevolmente che, in assenza di pianificazione o di una pianificazione parziale o incompleta (e ovviamente di eventuali misure di salvaguardia), l'Amministrazione non rimane priva del potere di provvedere ma si rispande il potere di provvedere discrezionalmente (GIANNINI).

Il fatto è che a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso la nozione di demanio marittimo subisce una sorta di crisi d'identità, essenzialmente per l'azione combinata di tre fattori che ne mettono in discussione la ricostruzione tradizionale. Questi tre fattori di crisi sono dati dalla teorizzazione della "patrimonializzazione" dei beni demaniali; dall'attuazione dell'ordinamento regionale e dalla successiva evoluzione; dalla previsione normativa della necessità di adottare piani di settore finalizzati ad assicurare una gestione "integrata". Mentre i primi due fattori non sembrano comunque incidere sul regime del demanio costiero come bene giuridico, lo stesso non può dirsi per il terzo, in quanto la previsione di una pianificazione di settore viene a incidere significativamente sui "modi e limiti" in cui il bene può essere oggetto di diritti da parte di terzi (art 823 cod civ), nel momento in cui, in ultima analisi, le risulta affidato il compito d'individuare, residualmente rispetto alle zone che debbono essere conservate per uso pubblico, quelle che possono essere destinate all'economia balneare; ovvero, come ho già detto, di svincolare il bene demaniale dalla sua naturale destinazione all'uso pubblico.

3. I fattori di crisi della ricostruzione tradizionale

3.1. La "patrimonializzazione" dei beni demaniali

Gli studi della dottrina maturati sul tema dei beni pubblici nel corso degli ultimi decenni hanno generalmente criticato la ricostruzione tradizionale del demanio necessario come volta a preservare la naturale destinazione del bene all'uso generale o all'impiego diretto, a favore della valorizzazione della possibilità di sfruttamento economico del bene pubblico anche se demaniale.

Il nuovo indirizzo nello studio dei beni pubblici prende corpo dall'osservazione degli interventi legislativi che si susseguono a partire dal 2001 con l'intento di perseguire obiettivi di finanza pubblica e di realizzare immediati flussi di cassa necessari per assicurare il rispetto dei parametri imposti dal Patto di stabilità europeo. Pressato dall'esigenza di ridurre il disavanzo pubblico, il legislatore mette in campo programmi di dismissione e privatizzazione dei beni pubblici che tendono a includere non solo i beni appartenenti al patrimonio disponibile, ma anche i beni demaniali, con buona pace delle differenze teoricamente esistenti tra le diverse categorie dei beni pubblici[7]. Se nessun problema crea infatti l'alienazione del bene appartenente al patrimonio disponibile, essendo caratteristica del regime giuridico di un tale bene quella di essere impiegato economicamente per procurare risorse necessarie per consentire all'amministrazione di provvedere alla cura del pubblico interesse, il regime del bene demaniale (o patrimoniale indisponibile) è invece caratterizzato dal principio della inalienabilità per garantire la conservazione della destinazione del bene, ritenuta connaturale al bene medesimo nel caso dei beni appartenenti al demanio necessario.

Probabilmente dimentica dell'ammonimento già di Cammeo che il vincolo alla destinazione del bene pubblico è posto "a garanzia dell'ente immutabile e a freno dell'amministratore transeunte" [8], la dottrina ha tutto sommato assecondato la suddetta tendenza del legislatore a scolorire la classica tripartizione a vantaggio di una onnicomprensiva categoria di beni ad appartenenza pubblica "suscettibili di utilizzazione economica"[9], classificazione peraltro espressamente introdotta, anche se esclusivamente ai fini della contabilità di Stato [10], dalla riforma del bilancio dello Stato operata dalla l 3 4 1997 n 94 e dal successivo d lgs 7 8 1997 n. 279[11].

A voler seguire l'approdo della più recente dottrina al principio per cui ogni bene di appartenenza soggettiva pubblica, anche demaniale, deve essere utilizzato in modo da essere redditizio (patrimonializzazione di tutti i beni pubblici) [12], si dovrebbero però necessariamente trarre, ai nostri fini, almeno due conseguenze. La prima, è che verrebbe meno in astratto la ragione di mantenere la distinzione all'interno del demanio marittimo tra demanio portuale e costiero, fondata sulla finalità di sfruttamento economico - produttiva o meno del bene. La seconda, è che il demanio costiero potrebbe essere oggetto di uno strumento di pianificazione generale come qualsiasi altro bene giuridico, in quanto la sua natura non ne vincolerebbe più destinazione e uso.

La teorizzazione è rimasta tuttavia tale, sia perché la distinzione tra demanio portuale e costiero non è affatto venuta meno, ma semmai si è accentuata; sia perché è rimasta comunque priva di concrete conseguenze sul regime giuridico. Ma, anche sul piano puramente teorico, ha mostrato tutti i suoi limiti nel momento in cui la teorizzazione che tutti i beni oggetto di proprietà pubblica sono suscettibili di utilizzazione economica è stata immediatamente controbilanciata dallo sviluppo della teoria dei beni comuni, finalizzata a recuperare l'inalienabilità di quei beni che per loro natura non possono essere utilizzati con una logica mercantile[13]. Come dire che la quintessenza della demanialità necessaria (la proprietà pubblica come garanzia di usi non commerciali dei beni necessari per la collettività) è stata fatta uscire dalla porta ma è stata fatta poi rientrare dalla finestra teorizzando la sottrazione alla proprietà pubblica del nucleo di beni che devono per natura ritenersi *extra commercium*.

3.2. Il trasferimento delle funzioni di gestione dallo Stato agli enti territoriali

L'attuazione dell'ordinamento regionale e i suoi successivi sviluppi producono la separazione dei profili funzionali e gestionali del bene da quello dominicale. Lo Stato rimane proprietario del bene demaniale costiero, ma i poteri gestori vengono affidati agli enti territoriali^[14]. Va sicuramente ricordato al riguardo innanzi tutto il DPR n. 616 del 24 luglio 1977, nel quale il bene costiero, individuato per sottrazione del demanio portuale dalla più ampia categoria del demanio marittimo, è oggetto di specifica e autonoma considerazione nell'ambito del complessivo disegno del trasferimento di funzioni amministrative statali alle regioni. Alle Regioni vengono delegate le *“funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando l'utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative”* (art. 59), precisando che *“le Regioni possono altresì provvedere alle opere destinate alla difesa delle coste interessanti il rispettivo territorio previa autorizzazione dello Stato”* (art. 69 co. 6) e (precisando) che sono escluse dalla delega le funzioni esercitate dagli organi dello Stato in materia di *“navigazione marittima, di sicurezza nazionale e di polizia doganale”* (art. 59) così come le funzioni concernenti *“le opere di preminente interesse nazionale per la sicurezza dello Stato e della navigazione, nonché per la difesa delle coste”* (art. 88). All'incirca vent'anni dopo, con il Decreto Legislativo n.112 del 31 marzo 1998 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli Enti locali, in attuazione del capo I della Legge n. 59 del 15 marzo 1997*), vengono conferite alle Regioni e agli Enti locali *“tutte le funzioni relative alla programmazione, pianificazione e gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri”* (art. 89, comma 1, lettera h)^[15].

Ciò ha però significato soltanto che la funzione decisionale sia stata distribuita tra più enti pubblici, facendo peraltro sorgere l'esigenza di trovare uno strumento di raccordo in grado di garantire una pianificazione e gestione integrata del demanio costiero. L'intervento legislativo ha dunque assunto il demanio costiero come oggetto di specifica considerazione, ma la considerazione normativa è rimasta comunque limitata ai profili organizzativi dell'esercizio della funzione e non ha intaccato il regime giuridico del bene, lasciando inalterato anche il profilo della titolarità dominicale^[16].

In diverse occasioni la Corte costituzionale ha modo di esprimersi chiaramente sul punto. Mi limito a ricordare tra i casi più significativi quello decisi da Corte cost. 28 7 2004 n. 286 in materia di determinazione dei canoni concessori, e da Corte cost. 14 11 2008 n. 370 in materia di delimitazione delle zone del demanio marittimo. Nel primo caso diverse Regioni avevano impugnato disposizioni statali che modificavano il sistema di calcolo dei canoni demaniali marittimi ad uso turistico ricreativo assumendo la propria titolarità nella determinazione dei canoni demaniali quali parti indefettibili del trasferimento delle funzioni avvenuto con il d.lgs. 112/1998 e i ricorsi vengono respinti affermando che determinante è la titolarità del bene e non invece quella delle funzioni legislative e amministrative in ordine alla utilizzazione e che non si deve confondere la proprietà del bene con il potere di disciplinare l'uso del bene stesso. Nel secondo caso si trattava della legge della Regione Molise che aveva appunto proceduto alla individuazione delle zone comprese nel demanio marittimo e che viene dichiarata incostituzionale ritenendo che la *“la competenza della Regione nella materia non può incidere sulle facoltà che spettano allo Stato in quanto proprietario ... che precedono logicamente la ripartizione delle competenze ed ineriscono alla capacità giuridica dell'ente secondo i principi dell'ordinamento civile”* e che quindi *“la legge regionale non può derogare ai criteri fissati dal codice civile e dal codice della navigazione stabilendo linee di confine demarcazione che vengano a sottrarre il lido del mare o la spiaggia di una determinata area dai beni appartenenti al demanio marittimo”*.

Né ha inciso sotto questo profilo la stessa riforma enfaticamente definita del federalismo demaniale (l. 42/2009 e d lgs 28 5 2010 n. 85), che, se è pur vero che abbia previsto la possibilità di trasferire i beni del demanio marittimo agli enti territoriali, non ha certamente prodotto tale effetto *ex lege*, ma si è limitata appunto a prevedere che il trasferimento possa avvenire a richiesta degli enti territoriali e solo dopo che sia stato formato dal Governo un elenco dei beni che possono essere trasferiti ed è peraltro rimasta praticamente inattuata [17].

Anche nel caso del trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni v'è dunque una specifica considerazione del demanio costiero come bene giuridico, ma che si limita ai profili organizzativi e funzionali senza innovare il regime giuridico sostanziale della demanialità.

3.3. La pianificazione di settore (i piani delle coste)

3.3.1. Il terzo elemento di novità con cui deve fare i conti la ricostruzione tradizionale è dato dall'intervento legislativo che vuole che il demanio costiero divenga necessariamente oggetto di una pianificazione di settore.

Tra le funzioni trasferite dal d lgs 112 del 1998 v'è la *programmazione, pianificazione e gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri*". Attesa la competenza regionale, oggi come oggi lo Stato si limita conseguentemente a emanare Linee Guida[18]. Dopo aver adottato nel 2006 un primo "Documento preliminare per l'individuazione degli indirizzi e dei criteri per la difesa delle coste", nel novembre 2016 il Ministero dell'Ambiente, dopo aver sottoscritto un apposito Protocollo d'intesa con le Regioni che ha previsto l'istituzione del Tavolo Nazionale sull'Erosione Costiera, ha adottato le "linee guida nazionali per la difesa della costa dai fenomeni di erosione e dagli effetti dei cambiamenti climatici". Le diverse leggi regionali hanno tutte generalmente previsto e disciplinato l'adozione di uno strumento di pianificazione appositamente dedicato a tal fine. Si tratta di una pianificazione settoriale, che nasce cioè per governare in maniera specifica e differenziata rispetto alla pianificazione generalista un determinato interesse pubblico (difesa della costa), ma integrata, che deve cioè al tempo stesso farsi carico della considerazione della molteplicità degli interessi pubblici coinvolti.

Non si tratta di un fenomeno tipicamente italiano, in quanto, come ricordano le citate Linee Guida, la *Gestione Integrata Zone Costiere (GIZC)* ubbidisce a principi che è necessario seguire "per operare con una visione unitaria, e integrata appunto, dei vari elementi antropici e naturali che interagiscono sulla costa, in particolare e con particolare enfasi anche affrontando la problematica dell'erosione e dell'adattamento delle coste ai cambiamenti climatici", che risalgono ad un quadro normativo internazionale che impone ai singoli Stati di provvedere in tal senso; di provvedere cioè innanzi tutto alla protezione e conservazione del bene naturale costiero alla luce della crescente fenomeno erosivo. Punto di riferimento obbligato al riguardo è la Convenzione di per la protezione dell'ambiente marino e del litorale del Mediterraneo adottata a Barcellona il 16 febbraio 1976 e modificata il 10 giugno 1995 che con i suoi 7 Protocolli compone il quadro normativo del Piano di Azione per il Mediterraneo (MAP)[19]. In tale quadro s'inscrive anche il Protocollo sulla Gestione Integrata delle Zone Costiere del Mediterraneo – GIZC, ratificato dall'UE il 13 settembre 2010 con decisione del Consiglio 2010/631/UE, che indica chiaramente quale finalità prioritaria da perseguire quella della difesa dalla erosione costiera (art 23): *1.-In conformità degli obiettivi e dei principi enunciati agli articoli 5 e 6 del presente Protocollo, le parti, al fine di prevenire e mitigare più efficacemente l'impatto negativo dell'erosione costiera, si impegnano ad adottare le misure necessarie per preservare o ripristinare la capacità naturale della costa di*

adattarsi ai cambiamenti, includendo quelli provocati dall'innalzamento del livello del mare. 2.- Nell'esaminare nuove opere o attività nelle zone costiere, comprese le opere marittime e gli interventi di difesa costiera, le parti tengono in particolare considerazione gli effetti negativi dell'erosione costiera e i costi diretti e indiretti che potrebbero derivarne. Riguardo alle attività delle strutture esistenti, le parti adottano misure intese a ridurre al minimo gli effetti dell'erosione costiera. 3.-Le parti s'impegnano a prevenire gli impatti dell'erosione costiera attraverso la gestione integrata delle attività e segnatamente l'adozione di misure specifiche per i sedimenti costieri e le opere costiere. 4.- Le parti s'impegnano a condividere i dati scientifici atti a migliorare le conoscenze sullo stato, l'evoluzione e gli impatti dell'erosione costiera".

Anche le già citate Linee Guida inquadrano chiaramente la tematica in un contesto che fa riferimento “ai fattori strutturali di alterazione e degrado per favorire, parallelamente alle azioni di difesa dell'erosione, anche azioni di riduzione delle cause che generano i fenomeni erosivi lungo le coste, nonché tutte le azioni di protezione e valorizzazione dei litorali che devono prescindere dai limiti amministrativi nello spirito di garantire omogenee attività di tutela e di intervento a livello nazionale”; nella chiara consapevolezza che “L'erosione della costa è il risultato diretto e indiretto di alterazioni del ciclo di sedimenti, determinate da cause naturali e antropiche (e), in particolare, la realizzazione di invasi artificiali che sottraggono ingenti volumi di sedimento al bilancio sedimentario, le escavazioni incontrollate in alveo, le sistemazioni idraulico-forestali che, proteggendo il suolo dall'erosione, necessariamente riducono la disponibilità di sedimento in alveo, nonché la perdita del sedimento trattenuto lungo i tratti terminali dei fiumi in sovralluvionamento a causa della mancata manutenzione” e che “il ridotto apporto dei sedimenti al mare, unitamente all'irrigidimento dei litorali associato alle attività antropiche, determina quindi cambiamenti delle morfologie di spiaggia emersa e sommersa e la conseguente instabilità dei litorali, principalmente riconducibile all'innescarsi di fenomeni erosivi e di arretramento della linea di riva”.

3.3.2. La necessità di predisporre un piano di settore nasce dunque per l'esigenza di assicurare la conservazione e difesa del demanio costiero dai fenomeni di erosione indotti in maniera sempre crescente da fattori antropici o dal mutamento climatico. Ma è anche vero che le stesse fonti precisano che deve comunque trattarsi di una pianificazione “integrata”, che significa che lo strumento di pianificazione settoriale deve comunque a muoversi nell'ottica di una considerazione complessiva dei diversi interessi sottesi all'uso del bene [20]. La formazione del Piano è peraltro ormai attribuita non più all'Amministrazione statale, ma agli enti territoriali; i quali, per la loro natura di enti a fini generali, tendono inevitabilmente ad introdurre essi stessi nello strumento pianificatorio gli interessi pubblici connessi all'economia balneare.

Il piano di settore finisce così per subire una evidente torsione in senso generalista che rischia di far dimenticare o far passare in secondo piano che finalità primaria di tale piano è quella di assicurare la difesa e conservazione del demanio costiero; che cioè la considerazione normativa pone chiaramente in cima alla scala degli ipotetici interessi quello alla conservazione e difesa del demanio costiero, che è quanto giustifica la necessità di una pianificazione di settore, e che gli interessi connessi all'economia balneare sono comunque secondari rispetto al primo.

In quanto espressione di una pianificazione di settore, ma “integrata”, il Piano delle coste deve dunque necessariamente farsi carico di contemperare interesse primario e interessi secondari e finisce così con assumere un ruolo insostituibile nel momento in cui la dinamica degli interessi deve tradursi in una zonizzazione del territorio che individua le zone del demanio costiero che debbono rimanere destinate all'uso pubblico, e quelle che possono essere destinate allo sviluppo dell'economia balneare.

Ai fini del nostro discorso, ciò ha un'importante conseguenza perché, differentemente dai fattori di crisi precedentemente enumerati (patrimonializzazione dei beni pubblici e trasferimento funzioni), in questo caso l'intervento legislativo che impone la pianificazione di settore incide anche sui modi e limiti in cui in cui possono sorgere diritti dei terzi sul bene demaniale costiero.

4. Il problema della mancata o incompleta pianificazione

Rispetto al quadro tradizionale, l'attuale scenario è dunque caratterizzato dalla presenza del Piano delle coste, strumento di pianificazione settoriale integrata.

Uno dei principali problemi che si è posto nel nuovo scenario è dipeso dalla mancata o incompleta pianificazione. L'esperienza della Regione Puglia, ad esempio, ha originato un notevole contenzioso derivato dal fatto che la legge regionale ha articolato la pianificazione tra livello regionale e locale e molti comuni, dopo l'adozione del PRC, non hanno adottato i PCC; contenzioso variamente e non univocamente risolto da TAR Puglia e Consiglio di Stato.

Partendo dalla necessità di individuare le zone da proteggere dall'erosione costiera, la legge rende doveroso per le Regioni pianificare gli usi del demanio costiero, sì che il piano finisce necessariamente con l'individuare le zone che non possono essere sottratte all'uso pubblico e quelle che possono essere destinate all'economia balneare. Al di là della pura e semplice zonizzazione, tale pianificazione ha inevitabilmente anche l'effetto d'incidere sulla destinazione d'uso del bene pubblico e quindi sul suo regime giuridico.

La sottolineatura di questo profilo è essenziale per capire *quid juris* nel caso la pianificazione rimanga parziale o incompleta.

Il problema deve esser risolto tenendo presente che la legge consente che possano essere pianificati gli usi del demanio costiero ma che, in assenza di una specifica individuazione delle parti del demanio costiero che possono essere sfruttate economicamente, la regola sia che rimane ferma destinazione all'uso pubblico. Come detto, l'ordinamento non ha finora mai consumato alcuna scelta che permetta di considerare ormai generalmente sottratti al regime tipico demaniale i beni pubblici appartenenti a tale categoria ai sensi del codice civile e del codice della navigazione. In assenza di pianificazione (o meglio: se e fintanto che la pianificazione non specifica la destinazione dell'area demaniale) l'equivalente della "norma/zona bianca" di un PRG è che il bene demaniale non perde la sua destinazione all'uso pubblico e non può essere oggetto di diritti dei terzi.

Affinchè il bene demaniale costiero possa esser destinato all'economia balneare è pertanto necessario che il procedimento di pianificazione settoriale giunga a compimento, consumi la scelta sulla destinazione d'uso del bene pubblico non sulla base della visione particolare e fatalmente discontinua insita nella tutela meramente provvedimentoale, ma sulla base di una visione anticipata e d'insieme, di una considerazione previa e obiettiva, integrale e globale della tollerabilità delle trasformazioni future distante dalla pressione condizionante del singolo progetto

Se il PCC è (ancora) necessario a tal fine, il potere concessorio non può essere esercitato perché non lo consente la perdurante destinazione ad uso pubblico del bene. Se viceversa si è in altro modo già consumata la verifica degli usi concretamente possibili (ad es. nel PRC), il potere concessorio potrà essere esercitato anche in assenza dell'ultimo anello della PCC. Il problema va risolto guardando dunque al contenuto concreto della pianificazione, e non può essere nemmeno assorbito nelle soluzioni derivanti dalle previsioni del piano paesistico. Queste possono infatti eventualmente vincolare soltanto le modalità d'uso del bene da parte dei privati che, in base alla pianificazione di settore, abbiano acquisito diritti di sfruttamento economico del bene.

Così come lo stesso problema di rispettare i principi di concorrenza e libero mercato (Bolkestein e dintorni, per intenderci)[22] si può porre anch'esso solo una volta che si sia preliminarmente deciso di poter dare il bene in concessione. Profilo, quest'ultimo, che, ove fosse ancora necessario, aiuta a capire ancora meglio che il problema di fondo da risolvere preliminarmente da parte della pianificazione è quello di assumere la decisione SE il bene demaniale possa andare o meno sul mercato.

5. Riepilogo

La nozione di demanio costiero non compare nelle originarie classificazioni dei beni pubblici, ma viene praticamente teorizzata dalla dottrina per esclusione della categoria del demanio portuale dalla più ampia categoria del demanio marittimo ed è fatta successivamente oggetto di specifica considerazione da parte della normativa nazionale, regionale e sovranazionale.

Una volta chiarito che la nozione non equivale *in toto* a quella di demanio marittimo, ma individua quella parte del demanio marittimo che residua dopo aver espunto dallo stesso il demanio portuale in ragione della diversità dell'uso al quale il bene deve essere prioritariamente destinato (sfruttamento economico e non), si può osservare che il bene è oggi al centro di una pianificazione di settore che risulta in un certo senso atipica. Se è vero infatti che la ragion d'essere di una pianificazione settoriale è nel provvedere alla cura di un interesse pubblico specifico laddove quella generale deve comporre e contemplare la molteplicità degli interessi pubblici (Giannini, Casini), e se è vero – come si chiarirà – che gli strumenti di pianificazione del demanio costiero hanno nell'esigenza di protezione e difesa della costa l'interesse primario da tutelare; è anche vero che la pianificazione del demanio costiero nasce come strumento per assicurare una visione unitaria integrata degli interessi affidati alla cura delle diverse amministrazioni che ormai concorrono nella gestione di un bene la cui utilizzazione rientrava originariamente nelle attribuzioni soltanto Statali e che adesso richiede un necessario coordinamento dell'azione dei diversi attori pubblici. Come si è visto, l'emersione di una pluralità d'interessi pubblici tende a dilatare la categoria degli usi pubblici del mare aprendola inevitabilmente alle utilizzazioni in funzione produttiva; tendenza sotto altro profilo confortata anche dagli indirizzi dottrinari più recenti che, sensibilizzati dall'esigenza di dover rispettare i vincoli di bilancio e dalla crescente espansione dei principi della libera concorrenza e del mercato di derivazione comunitaria, tendono a generalizzare la patrimonializzazione dei beni pubblici, beni demaniali compresi, svincolandoli dall'uso pubblico al quale si è per lungo tempo ritenuto debbano essere naturalmente destinati. Tutto ciò determina però una evidente torsione della funzione dello strumento di pianificazione settoriale verso finalità di pianificazione più generale della fascia

costiera; torsione che rischia di far dimenticare che la “demanialità” del bene non è mai cessata e che la autonoma qualificazione del demanio costiero come bene giuridico non si deriva più solo per mera esclusione dal demanio marittimo del demanio portuale, ma ha oggi fondamento positivo nelle disposizioni legislative finalizzate ad assicurarne principalmente la tutela e la conservazione. Nessun concreto effetto ha prodotto nemmeno il conclamato federalismo demaniale, che si è limitato a prevedere che determinati bene potessero essere trasferiti al patrimonio di regioni e enti locali.

Tutto ciò rende peculiare il problema della discrezionalità amministrativa nei casi in cui la pianificazione settoriale abbia avuto parziale o incompleta attuazione, poiché se è vero che in via generale il ritardo o la mancanza di una pianificazione non impediscono all'amministrazione di provvedere, è anche vero che, nel caso del demanio costiero, alla pianificazione si riconduce in ultima analisi l'effetto di individuare il confine tra demanialità e patrimonialità del bene, ovvero l'accertamento che una determinata zona del territorio possa essere sottratta all'uso pubblico e destinata a finalità economico produttive tipiche dell'economia balneare. Nel mutato contesto ordinamentale, l'attribuzione agli enti territoriali della gestione del demanio costiero non ha di per sé comportato la sdemanializzazione del bene, lasciando fermo il principio (codificato ancor oggi nell'art 823 cod civ) per cui “*i beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti dei terzi se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano*”. Se nell'ordinamento vigente anteriormente al trasferimento di funzioni alle Regioni i modi e limiti erano praticamente solo quelli stabiliti nel Codice della Navigazione e nel relativo Regolamento, con conseguente riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità all'Autorità statale, titolare di un potere di provvedere spendibile nella cornice di un unico procedimento caratterizzato da pubblicità e partecipazione; nello scenario attuale “i modi e limiti” prevedono necessariamente l'espletamento di un previo momento pianificatorio dei possibili usi del bene demaniale costiero volto a individuare quali zone debbano essere destinate a pubblico uso e quali possano essere invece destinate allo sviluppo dell'economia balneare. La previsione del piano settoriale deve necessariamente consumare tale effetto, rimanendo altrimenti precluso il mutamento di destinazione nell'uso del bene (e le istanze dei privati a ciò ovviamente tendono). La discrezionalità si è spostata sul momento pianificatorio, vincolando l'attività provvedimentale residuale.

* L'articolo, già pubblicato sul sito della Giustizia amministrativa e negli Studi in Onore di E. Picozza, riproduce il testo della relazione presentata al convegno del 18 e 19 ottobre 2019 organizzato dal TAR Lecce sul tema “*Coste, paesaggio e ambiente. Quali limiti per la sovranità?*”.

[1] **Querci**, *Demanio marittimo*, Enc dir., Varese, 1964, XII, 93; **A.M. Sandulli**, *Beni pubblici*, Enc dir., Varese, 1959, V, 280

[2] Sulla problematica v. **F. Cammeo**, *Demanio*, in *Dig. It.*, Torino, 1898, IX, 881 ss; **O. Ranalletti**, *Concetto, natura e limiti del demanio*, in *Giur.it.*, 1898, 126 ss; **G. Piola**, *Porti, fari, lidi e spiagge* in *Dig. It.*, XVIII, Torino, 1906, 1238 ss; **L. Vassalli**, *Sulla condizione giuridica degli arenili*, in *Dir. Maritt.*, 1928, 63 ss; **E. Guicciardi**, *Il demanio*, Padova, 1934, 102 ss; **G. Zanobini**, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1942, 56 ss; **Vallario**, *Il demanio marittimo*, Milano, 1977;

[3] **A.M. Sandulli**, *Beni pubblici*, in Enc dir., ; **V. Cerulli Irelli**, *Beni pubblici*, in *Noviss Dig Disc pubbl*, 1987; **V. Caputi Jambrenghi**, *Beni pubblici, uso dei*, in *Dig Disc pubbl*, 1987

[4] **E. Guicciardi**, *Il demanio*, cit., 11; **O. Ranelletti**, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, cit., 356 ss. V. anche Corte cost 19 6 1958 n. 37 con nota critica di **M. Nigro** in *Giur cost.*, 1958, 501ss.

[5] Cfr **A. D'Amico Cervetti**, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, Milano, 1983, 170ss; **M. Casanova**, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986, 8ss.

[6] Per i successivi sviluppi v. **M. Casanova**, *Gli enti portuali*, Milano, 1971; **M. Ragusa**, *Porto e pubblici poteri. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli, 2017; **F. Manganaro**, *Il porto da bene demaniale ad azienda*, in **A. Police** (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 247 ss..

[7] *Amplius* v. **F. Francario**, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, in *Dir amm*, 1/2004, 106 ss.

[8] **F. Cammeo**, *Demanio*, cit., 856.

[9] Ex multis v. **A. Lolli**, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni d'interesse pubblico*, in *Dir. Amm.* 1996, 51 ss; **M. Renna**, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2005, 96 ss; **B. Tonoletti**, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, , 2008, 257 ss; **A. Lalli**, *I beni pubblici, Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli 2015, 118 ss; **A. Giannelli**, *Concessioni di beni e concorrenza, Contributo in tema di compatibilità tra logica proconcorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli, 25 ss; **G. Fransoni**, **G. Della Cananea**, *Art. 119*, in **R. Bifulco**, **A. Celotto**, **M. Olivetti** (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2375.

[10] Che la norma di natura contabile non muti il regime giuridico del bene demaniale e che rimanga ferma la classica tripartizione tra beni demaniali, patrimoniali indisponibili e disponibili è espressamente dichiarato nella stessa legge di riforma (cfr. d. lgs. 7 8 1997 n. 279, art 14 c. 1).

[11] Per tutti **M.L. Bassi** *Il conto del patrimonio nelle leggi di contabilità*, in *I beni pubblici: tutela valorizzazione e gestione*, 558.

[12] Così **A. Lalli**, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli 2015, 308.

[13] Sul dibattito dottrinale v. **U. Mattei**, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011, 52; **S. Rodotà**, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Questione Giustizia*, 2011, pp. 237; **P. Maddalena**, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella costituzione repubblicana*, in *Federalismi.it*, n. 19/2011; **S. Lieto**, "Beni comuni", *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, **C.M. Cascione**, *Le Sezioni Unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, 12 ss; **F. Cortese**, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss.; **M. R. Marella**, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; **P. Chirulli**, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, . Le note sentenze della Corte di Cassazione Cass., ss.uu., 16 febbraio 2011, n. 3813, nonché 14 febbraio 2011, n. 3665 sulle valli da pesca della laguna veneta conferma in maniera pressochè esemplare che la corretta lettura della demanialità necessaria rende superflua la teorizzazione della categoria dei beni comuni nel momento in cui, prendendo atto che "emerge l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare a una prospettiva personale-collettivistica", sottolineano che la demanialità "non è fine a se stessa e non rileva solo sul piano proprietario ma comporta per lo stesso gli oneri di una governance che renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene".

[14] Cfr. **G. Lami**, *Proprietà demaniale e gestione delle coste. Il contributo della giurisprudenza alla costruzione di nuove categorie giuridiche e alla definizione del ruolo di Regioni e enti locali*, in **N. Greco** (a cura di), *Le risorse del mare: ordinamento, amministrazione e gestione integrata*, Roma, 2010, 359 ss.

[15] La legge n. 179 del 31 luglio 2002 (*Disposizioni in materia ambientale*) chiarirà successivamente che la competenza sulla costa deve intendersi attribuita in maniera definitiva alla Regione (cfr. in particolare l'art. 21 (*Autorizzazione per gli interventi di tutela della fascia costiera*): "per gli interventi di tutela della fascia costiera l'autorità competente è la Regione"

[16] Per la sottolineatura, più in generale, che la disciplina giuridica dei modi di godimento del demanio rimane comunque una prerogativa sovrana v. **M. Esposito**, *Corte di giustizia UE e Corte costituzionale sottraggono allo Stato italiano la competenza sul regime della proprietà*, in *Giur. Cost.*, 1/2017, 37ss.

[17] Cfr **A. Police**, *I beni di proprietà pubblica*, in **F.G. Scoca** (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 551 ss; **M.T.P. Caputi Jambrenghi**, *Il federalismo demaniale e il suo (provvisorio) tramonto*, in *Effetti economico sociali del federalismo demaniale in Puglia*, Bari, 2012, 31 ss.; **L. Antonini**, *Il primo decreto legislativo di attuazione della legge n. 42/2009: il federalismo demaniale*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2009; **F. Scuto**, *Il federalismo "patrimoniale"*, in *Astridonline*; **A. Giannelli**, *Beni sfruttabili o consumabili: demanio marittimo e porti*, in **F. Astone**, **F. Manganaro**, **R. Rolli**, **F. Saitta** (a cura di), *I beni pubblici tra titolarità e funzione*, *Atti del XXI convegno di Copanello, 24-25 giugno 2016*, Milano, 2018, 65 ss

[18] Il legislatore nazionale già con la legge 31 dicembre 1982 n. 979 (*“Disposizioni per la difesa del mare”*) aveva previsto l'introduzione del Piano delle coste, concepito come strumento che *“indirizza, promuove e coordina gli interventi e le attività in materia di difesa del mare e delle coste dagli inquinamenti e di tutela dell'ambiente marino, secondo criteri di programmazione e con particolare rilievo alla previsione degli eventi potenzialmente pericolosi e degli interventi necessari per delimitarne gli effetti e per contrastarli una volta che si siano determinati”* (il Piano, a scala nazionale, approvato definitivamente dal C.I.P.E., doveva esser predisposto *“di intesa con le Regioni”*). La legge era però rimasta inattuata. Successivamente, anche la Legge del 18 maggio 1989 n. 183 (*Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo*) aveva disposto che l'attività di programmazione deve curare la protezione delle coste e degli abitati dall'invasione e dall'erosione delle acque marine ed il ripascimento degli arenili, anche mediante opere di ricostruzione dei sistemi dunosi, prevedendo la delega alle Regioni, delle funzioni amministrative statali relative alla difesa delle coste (con esclusione delle zone comprese nei bacini di rilievo nazionale, nonché delle aree di permanente interesse nazionale per la sicurezza dello Stato e della navigazione marittima). Questa legge è stata poi superata e sostituita dal d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (*Norme in materia ambientale*) e s.m.i. che ha mantenuto fermo (art. 56, comma 1 lettera g) che *“le attività di programmazione, di pianificazione e di attuazione relativi alla difesa del suolo riguardano anche la protezione delle coste e degli abitati dall'invasione e dall'erosione delle acque marine ed il ripascimento degli arenili, anche mediante opere di ricostruzione dei cordoni dunosi”* (gli artt. 63 e 65 prevedono inoltre l'istituzione dell'Autorità di bacino distrettuale precisando che il Piano di Bacino deve contenere anche le indicazioni delle opere di protezione, consolidamento e sistemazione dei litorali marini che sottendono il distretto idrografico; l'art. 56 dispone inoltre che *“Le attività di programmazione, di pianificazione e di attuazione degli interventi [riguardano] in particolare: [...] d) la disciplina delle attività estrattive nei corsi d'acqua, nei laghi, nelle lagune ed in mare, al fine di prevenire il dissesto del territorio, inclusi erosione ed abbassamento degli alvei e delle coste”*). A ciò va poi aggiunto che il d.l. 19 giugno 2015 n. 78, convertito in legge 6 agosto 2015 n. 125 all'art. 7 comma 9-septiesdecies aveva previsto che *“In previsione dell'adozione della disciplina relativa alle concessioni demaniali marittime, le regioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, operano una ricognizione delle rispettive fasce costiere, finalizzata anche alla proposta di revisione organica delle zone di demanio marittimo ricadenti nei propri territori. La proposta di delimitazione è inoltrata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e all'Agenzia del demanio, che nei centoventi giorni successivi al ricevimento della proposta attivano, per gli aspetti di rispettiva competenza, i procedimenti previsti dagli articoli 32 e 35 del codice della navigazione, anche convocando apposite conferenze di servizi”* e che con il decreto legge 5 ottobre 1993 n. 400 (*“Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi alle concessioni demaniali marittime”*) convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 494, all'art. 6 era stata prevista la delega alle Regioni anche delle funzioni amministrative nella materia concessoria (rilascio e rinnovo), per l'esercizio della quale è prevista la “predisposizione di un Piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo”, acquisito il parere dei Sindaci dei comuni interessati e delle associazioni regionali di categoria.

[19] Cfr.: **T. Scovazzi**, *La gestione integrata della zona costiera negli strumenti di diritto internazionale, con particolare riferimento al Mediterraneo*, in **N. Greco** (a cura di), *Le risorse del mare e delle coste: ordinamento, amministrazione e gestione integrata*, Roma, 2010, 79 ss.

[20] Cfr. **S. Licciardello**, in **A. Police** (a cura di), *Demanio marittimo e autonomie territoriali*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 265 ss; **N. Greco** (a cura di), *Le risorse del mare e delle coste: ordinamento, amministrazione e gestione integrata*, Roma, 2010 e ivi in particolare i contributi di **N. Greco**, **P. Biondini**, *L'approccio diversificato e tuttora immaturo di alcune Regioni costiere alla gestione integrata delle coste. Catalogo degli interventi regionali di tipo pianificatorio*; **E. Boscolo**, *La regolazione in Italia e le prospettive nella gestione integrata delle coste*.

[22] Per tutti v. **Lami, Colomba, Villamena**, *Le concessioni demaniali marittime tra presente e futuro*, Padova, 2010, 46 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1745 – 24 maggio 2021

Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*[1]

di Fabio Francario

Sommario: 1. Premessa - 2. L'arretramento contestato (dalle Sezioni Unite) - 2.1. La riscrittura del sistema di giustizia amministrativa avvenuta a cavallo del nuovo millennio - 2.2. Giudice amministrativo e tutela risarcitoria - 2.3. L'ibridazione del diritto soggettivo "amministrativizzato" - 2.4. L'ibridazione dell'interesse legittimo "patrimonializzato" - 3. L'arretramento auspicato (dalle riforme legislative) - 4. La trappola della tutela risarcitoria.

Spinto dall'avvenuto spostamento dei diritti soggettivi nell'ambito della giurisdizione esclusiva e dall'attribuzione del potere di condanna al risarcimento del danno e suggestionato dalle teorizzazioni in termini di giudizio di spettanza, all'inizio del nuovo millennio il giudice amministrativo sembrerebbe essersi incamminato sulla via della ibridazione delle figure soggettive, incontrando la resistenza della Corte di cassazione e prestando il fianco ad ulteriori interventi riformatori pronti a considerare la tutela risarcitoria un modo come un altro per tutelare l'interesse legittimo.

La tutela risarcitoria è la trappola perfetta per il giudice amministrativo e la strada dell'ibridazione è la pericolosa scorciatoia che vi conduce, poiché espone il giudice amministrativo al perenne e carsico contrasto con le Sezioni Unite nel momento in cui l'ibridazione tende a costruire una tutela risarcitoria che è un surrogato di quella fruibile nel sistema della tutela civile dei diritti e lo allontana da quella che è la sua mission istituzionale (e costituzionale), assicurare cioè giustizia nell'amministrazione, che rappresenta la sua stessa ragion d'essere.

1.- Premessa. Le considerazioni che vengono svolte nel presente articolo rispondono all'invito di Scoditti e Montedoro a riflettere sul tema se l'attuale struttura pluralistica del sistema giurisdizionale disegnato dalla Costituzione repubblicana sia un punto di forza o di fragilità dello Stato sociale italiano[2] .

Lo spunto è offerto da due eventi che nel corso del 2020 hanno messo in discussione il ruolo del giudice amministrativo e rivitalizzato l'attenzione degli studiosi per il tema della giurisdizione amministrativa, dei suoi limiti e confini.

Il primo è dato dalla nota ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 18/9/2020 che, con una pronuncia senza precedenti, ha chiesto alla Corte di Giustizia Europea di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto euro unitario dei limiti della giurisdizione amministrativa così come definiti dalla Corte costituzionale con la sentenza 6 / 2018 (ma anche, a ben guardare, a prescindere dalla suddetta pronuncia della Corte)[3].

Il secondo è dato dall'evento pandemico e dalla situazione emergenziale dallo stesso creata, non tanto sotto il profilo sanitario, quanto socio - economico, per la necessità di porre in essere interventi straordinari di immediato sostegno e rilancio dell'economia, la cui efficacia, si è paventato, potrebbe essere condizionata e pregiudicata dall'intervento del giudice amministrativo.

Tali eventi hanno riaperto la discussione sul rapporto tra giudice amministrativo e giudice ordinario, da un lato, e tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione, dall'altro, imponendo una riflessione complessiva sul ruolo del giudice amministrativo nell'assetto ordinamentale contemporaneo.

Il problema non può essere ridotto ad una questione di mera delimitazione di reciproci confini. Certamente, l'auspicato dialogo tra le Corti, nazionali e non, attraversa un momento difficile, che può giustificare anche una lettura in termini di antagonismo finalizzato all'affermazione di una primazia giudiziaria, o meglio, con specifico riferimento al rapporto Consiglio di Stato e Cassazione, all'affermazione o meno di una piena ed assoluta equiparazione delle due giurisdizioni, amministrativa e ordinaria, con relativa nomofilachia "differenziata" sotto ogni profilo. Questa lettura del fenomeno, visto per così dire dall'alto, dal punto di vista cioè del giudicante che deve difendere e delimitare il proprio territorio giurisdizionale, rischia però di essere sterile e fuorviante e può portare a soluzioni che finiscono con il perdere di vista l'esigenza primaria che è quella di vedere come debba essere qualitativamente soddisfatto il bisogno di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della PA.

Questa esigenza primaria diventa immediatamente visibile cambiando prospettiva, guardando le cose per così dire dal basso, dal punto di vista cioè del cittadino utente del servizio di giustizia. In tal caso, il problema di valorizzare il giudice amministrativo come risorsa diventa immediatamente comprensibile nei suoi termini essenziali perché diventa subito ben chiaro che il problema è innanzi tutto quello di capire a cosa serve un sistema dualistico. Così posto, l'interrogativo impone di sciogliere, in un senso o nell'altro, l'alternativa tra il ritenere che un sistema dualista serve a far sì che il cittadino possa ottenere nei confronti della PA una tutela qualitativamente diversa e maggiore rispetto a quella comunemente offerta dal sistema della tutela civile dei diritti; oppure che la creazione di un

giudice speciale, appositamente costituito per decidere le controversie in cui sia parte la PA, serve per garantire la completa sottrazione di questa al diritto comune^[4].

Detto diversamente, bisogna domandarsi se il giudice amministrativo esiste per rispondere ad un bisogno di tutela diverso da quello proprio già della figura del diritto soggettivo ovvero per soddisfare diversamente un bisogno di tutela che verrebbe altrimenti garantito dal sistema della tutela civile dei diritti.

Sono fermamente convinto che questa alternativa renda chiaro come il giudice amministrativo sia una risorsa inestimabile e insostituibile in un ordinamento che intenda raggiungere e conservare un elevato livello di civiltà giuridica. Ciò implica, però, che egli debba garantire il rispetto degli obblighi di comportamento che gravano sulla PA in ragione della specialità dei principi e delle regole del diritto amministrativo rispetto a quelle proprie dei rapporti di diritto comune; e non già che la giurisdizione amministrativa possa radicarsi *ratione personae*, per il solo fatto che parte in causa sia una PA, a prescindere dal fatto che debba essere protetta una situazione di interesse legittimo. Se così fosse, la specialità caratterizzerebbe la figura del giudice in quanto tale, con buona pace del divieto posto dall'art 102 Cost., e attesterebbe che la PA sarebbe sempre e comunque sottratta all'applicazione delle regole e dei principi di diritto comune. Il rivendicato dualismo nomofilattico, in questa seconda ipotesi, non rifletterebbe la diversità degli istituti che i giudici sarebbero chiamati ad applicare, ma a creare regimi differenziati di un medesimo istituto. La questione della tutela risarcitoria, vero e proprio *casus belli* dei conflitti di giurisdizione, è esemplare sotto questo profilo.

Prima di giungere alle conclusioni, in parte già anticipate da queste considerazioni introduttive, è opportuno capire meglio come e perché i suddetti eventi siano tali da sollecitare una riflessione complessiva sul ruolo del giudice amministrativo.

Al centro della discussione è sempre il problema dell'arretramento della giurisdizione amministrativa, ma le vicende sono speculari. In un caso, l'arretramento viene addebitato dalle Sezioni Unite assumendo che il giudice amministrativo rifiuti di rispondere al bisogno di tutela che l'ordinamento vuole invece protetto nelle forme del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo; nell'altro, l'arretramento viene invece auspicato nel presupposto che serva a garantire un recupero di efficienza e celerità dell'azione amministrativa.

2.0.- L'arretramento contestato (dalle Sezioni Unite).

2.1.-La riscrittura del sistema di giustizia amministrativa avvenuta a cavallo del nuovo millennio. L'ordinanza 19598 del 2020 pone un problema che non può essere affrontato e risolto sulla base di più o meno raffinate tecniche esegetiche applicate all'interpretazione tanto dell'ordinanza, quanto, più in generale, alle pronunce delle altre Corti, esplicitamente o implicitamente richiamate dalla prima. Intendo dire che il problema non è quello di prendere posizione a favore o contro la Cassazione (o, a seconda dei punti di vista, del Consiglio di Stato o della Corte costituzionale), proponendo quella che si ritiene sia la soluzione più corretta sul piano puramente esegetico, raggiunta valorizzando o enfatizzando questa o quella espressione, questo o quel lemma impiegato dalla Corte costituzionale, dalla Cassazione, dal Consiglio di Stato o dalla CGUE in una sentenza piuttosto che in un'altra. Qualsiasi soluzione

raggiunta in questo modo è destinata ad avere breve vita se non si comprendono le ragioni sostanziali di quella che viene spesso rappresentata come una vera e propria “ostinazione” delle Sezioni Unite nel porre il problema che i termini della questione di giurisdizione debbano oggi essere in qualche modo ripensati.

Non certo soltanto con la più recente ordinanza 19598, ma ormai da tempo, il problema di fondo che le Sezioni Unite stanno ponendo è quello dell’arretramento della linea della tutela giurisdizionale.

Le ragioni affondano le radici nelle riforme, legislative e “giudiziarie”, del 1998 – 2001, che finiscono poi con l’essere codificate nel 2010 dal c.p.a. e che possono riassumersi in cinque momenti essenziali.

Il d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 dà l’avvio ad un disegno riformatore che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto rendere superata, obsoleta e priva di interesse la problematica delle situazioni giuridiche soggettive, attraverso l’introduzione del criterio dei blocchi di materie come nuovo criterio di riparto della giurisdizione e l’attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare l’Amministrazione al risarcimento dei danni.

Nel 1999 la storica sentenza 500 delle Sezioni Unite afferma la risarcibilità degli interessi legittimi; nel presupposto (della sussistenza della giurisdizione ordinaria e) dell’eliminazione della pregiudizialità del previo annullamento dell’atto illegittimo, rimedio (l’annullamento) che, nell’impianto della sentenza 500, viene sostituito da quello della disapplicazione la quale garantisce l’autonomia dell’azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento^[5].

Nel 2000 le norme che ampliano l’ambito delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che consentono allo stesso di condannare anche al risarcimento del danno, originariamente recate dagli artt 33, 34 e 35 del d.lvo 80/98, vengono dichiarate incostituzionali per eccesso di delega da Corte Cost.17 luglio 2000 n. 292; ma vengono poi riprodotte dalla l. 21 luglio 2000 n. 205 con l’eliminazione del riconoscimento della possibilità di condannare al risarcimento del danno nei soli casi di giurisdizione esclusiva^[6].

Queste norme vengono infine trasfuse nel codice del processo amministrativo il quale precisa che l’azione risarcitoria può essere proposta tanto per diritti soggettivi, quanto per interessi legittimi, che nel secondo caso va proposta nel termine di 120 giorni e che il risarcimento va escluso se i danni si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti (1227 cod civ)(art 30 cpa);

Le norme sulla tutela risarcitoria, recate dalla l 205/2000, prima, e dal codice del processo amministrativo, dopo, vengono entrambe “salvate” dalla Corte costituzionale con le sentenze 204/2004 e 94/2017^[7]; non anche quelle sul criterio (di riparto della giurisdizione) dei blocchi di materie, censurato dalla sentenza 204/2004 perché prescinde dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte^[8].

In pratica, a cavallo del nuovo millennio, il sistema di giustizia amministrativa viene ridisegnato spostando quanto più possibile la tutela dei diritti soggettivi, quando parte in causa è una pubblica amministrazione, dal giudice ordinario al giudice amministrativo e questo spostamento si perfeziona con l’attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare anche al risarcimento del danno.

Questa riscrittura del sistema di giustizia amministrativa supera il giudizio di costituzionalità, ma non senza riserve o condizioni. Secondo le pronunce della Corte cost. 6 luglio 2004 n. 204 e 22 febbraio 2017 n. 94 la differenziazione delle situazioni soggettive rimane ferma e può (e deve) giustificare tutela differenziata anche nell'ambito del processo amministrativo. Rimane comunque fermo che, pur con i limiti e le riserve suddette, l'allargamento della giurisdizione esclusiva viene legittimato dalla Corte costituzionale e il giudice amministrativo viene così chiamato ad apprestare tutela anche a quelle situazioni di diritto soggettivo che prima ricevevano tutela da parte del giudice ordinario principalmente attraverso la tutela risarcitoria o dichiarativa.

L'affermazione del principio di concentrazione della tutela giurisdizionale ha fatto però perdere di vista la specificità delle tutele delle due situazioni soggettive ed ha evidenziato la tendenza alla loro ibridazione in una forma indistinta che sembrerebbe mutuare il peggio (i limiti) dell'una e dell'altra. Una cosa è assicurare la ragionevole durata di un processo; altra trasformare forma e sostanza della tutela della situazione soggettiva.

2.2.-Giudice amministrativo e tutela risarcitoria.

Non si può seriamente negare che lo spostamento della tutela dei diritti soggettivi innanzi al giudice amministrativo abbia posto, con buona pace dell'art 113 Cost., un problema di effettività della tutela giurisdizionale.

Non si può negare il problema limitandosi ad osservare che il c.p.a. ormai consente al giudice amministrativo di esercitare tutti i poteri propri già del giudice ordinario. Il problema è che il giudizio amministrativo è, e si è comunque dimostrato nella concreta applicazione, fisiologicamente inidoneo ad erogare la tutela risarcitoria. Il dato storico è di tale ed immediata evidenza per tutti gli operatori del diritto da non richiedere particolare dimostrazione ed affonda le sue radici nella perdurante assenza di una vera e propria istruttoria nella fisiologia del processo amministrativo.

Intendo con ciò dire che, anche successivamente all'adozione del codice del processo amministrativo, la disciplina permette al giudice amministrativo di poter continuare a definire comunque il giudizio in base ad un giudizio sulla ragionevolezza della decisione amministrativa e/o a valutazioni puramente equitative o indennitarie dei risarcimenti, estranee alla cultura giuridica della vera e propria tutela risarcitoria. Ripeto a scanso di ogni possibilità di equivoco che non intendo con ciò dire che il giudice amministrativo oggi come oggi non abbia il potere di accertamento diretto dei fatti. La disciplina dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria recata dagli artt. 63 e ss del c.p.a. non lascia più dubbi al riguardo. Intendo dire che il sindacato sulla ragionevolezza della decisione amministrativa è ancora più che largamente impiegato come strumento alternativo all'accertamento diretto dei fatti, compromettendo la credibilità del sindacato giurisdizionale quantomeno in termini di equidistanza del giudice amministrativo dalle rappresentazioni delle parti^[9].

E a ciò si può aggiungere che, alla constatazione che il giudice amministrativo abbia il potere di condannare al risarcimento del danno per equivalente o anche ad un fare specifico, si accompagna l'osservazione che questo potere spesso e volentieri può prescindere dalla domanda di parte per il suo esercizio ^[10]: alludo, per fare degli esempi, alla possibilità che in sede di cognizione, senza domanda di parte, il giudice può disporre "*le misure idonee ad assicurare l'esecuzione del giudicato*" (art 34 co. 1 lett e); al fatto che ha il potere di dichiarare o meno

l'inefficacia del contratto quando annulla l'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica (art 122 cpa); al fatto che, nelle condanne pecuniarie, può limitarsi a stabilire “i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine” (art 34 co. 4 c.p.a.).

Credo, in buona sostanza, non si possa negare la realtà delle cose e negare che il processo amministrativo sia inevitabilmente condizionato dalla rilevanza dell'interesse pubblico istituzionalmente affidato alle cure della pubblica amministrazione e che ciò abbia inevitabilmente incidenza sulla prevedibilità delle decisioni e limiti il sindacato giurisdizionale.

In questo contesto, il giudice amministrativo ha acquisito nell'ambito della sua giurisdizione i diritti soggettivi, ma la tutela ha subito una variazione qualitativa e si è in parte affievolita.

2.3.- L'ibridazione del diritto soggettivo “amministrativizzato”.

Questo nuovo scenario ha avuto innanzi tutto l'effetto di rivitalizzare la figura “classica” del rifiuto di giurisdizione, secondo la quale è censurabile l'arretramento fatto in via generale e astratta, in maniera aprioristica e non con riferimento alla specificità del caso concreto, della linea della giurisdizione fruibile dal cittadino. Ha poi visto prender corpo un tentativo di dilatare la concezione del motivo di giurisdizione in modo da ricomprendere anche le ipotesi dell'errore abnorme *in procedendo* o *in iudicando*, teorizzando la c.d. interpretazione evolutiva, criticata e censurata da Corte cost 6/2018.

Nella realtà delle cose, non solo nella sua interpretazione “evolutiva”, ma anche nella sua accezione classica, il rifiuto di giurisdizione è però rimasto sostanzialmente confinato al livello di figura più teorica che pratica^[11], lasciando al giudice amministrativo la libertà di muoversi nel nuovo scenario come giudice dei diritti.

Ciò ha prodotto la già ricordata ibridazione della tutela del diritto soggettivo innanzi al giudice amministrativo, che non sarebbe avvenuta se si fosse evitato che il cambio di giurisdizione venisse accompagnato anche da un mutamento qualitativo della tutela fruibile. Sotto questo profilo, è quasi più grave che le Sezioni Unite non abbiano quasi mai concretamente applicato la figura (del rifiuto di giurisdizione), piuttosto che il fatto che ne abbiano teorizzato interpretazioni evolutive.

Le Sezioni Unite hanno dunque in realtà applicato poco o nulla la figura classica del rifiuto di giurisdizione; e il Consiglio di Stato si è spesso e volentieri rifiutato di erogare tutela risarcitoria nelle forme proprie della tutela civile dei diritti e si è troppo spesso rifugiato nel sindacato di ragionevolezza, rifiutando l'accertamento diretto dei fatti. Per recuperare l'effettività della tutela giurisdizionale basterebbe in realtà poco; e cioè che le Sezioni Unite cassassero le decisioni dove c'è rifiuto aprioristico e tipizzato, formulato in via generale e astratta, di una certa situazione; e che il Consiglio di Stato fosse meno creativo e più attento alle categorie generali dell'Ordinamento quando si tratta tutelare diritti soggettivi e rinunciasse a plasmarle o adattarle alla specificità del processo amministrativo, cosa che ha un senso se si tratta d'interessi legittimi, non di diritti soggettivi. Va senz'altro apprezzata in tal senso, ad esempio, la recente Ad. Plen 4 12 2020 n.24 ^[12]sul termine di prescrizione, che ha evitato una di quelle ibridazioni che nel futuro prossimo venturo avrebbero quasi sicuramente originato il proliferare di nuove questioni di giurisdizione. Elementi di preoccupazione riemergono però immediatamente se solo si considera che l'Adunanza

plenaria è stata investita della questione della natura della tutela risarcitoria nel processo amministrativo da CGARS 15 12 2002 n.1136 per chiarire, *inter alia*, “*se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell’Amministrazione da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana*”, con conseguente rilevanza della prevedibilità del danno ai fini della risarcibilità (da escludere in caso di sopravvenienze normative che sarebbero comunque nella disponibilità dell’amministrazione ove ad agire fossero gli apparati politici e non quelli amministrativi)[13].

2.4.- L’ibridizzazione dell’interesse legittimo “patrimonializzato”.

Il processo di ibridazione ha fatto perdere di vista la specificità non solo della tutela che deve ritenersi propria delle situazioni di diritto soggettivo, ma anche di quella propria delle situazioni di interesse legittimo.

L’esigenza di rispondere al bisogno di tutela proprio delle situazioni di diritto soggettivo e delle domande risarcitorie ha infatti finito con il concentrare su tali profili l’attenzione e lo sforzo del giudice amministrativo e ha fatto perdere di vista l’esigenza di tutela delle situazioni non riducibili a tali schemi e che dovrebbero invece rappresentare il *proprium* della giurisdizione amministrativa, la tutela dell’interesse legittimo. Il processo di ibridazione ha appiattito la forma di tutela di questa situazione su quella del diritto soggettivo, patrimonializzandola; dandole un contenuto necessariamente patrimoniale, come pretesa a che un bene della vita entri nel proprio patrimonio ovvero non ne esca.

Sotto questo profilo, non solo la giurisprudenza, ma anche buona parte della dottrina amministrativistica dovrebbe avviare una riflessione critica sui danni prodotti dal fatto di aver enfatizzato oltremodo la costruzione del processo amministrativo in termini di giudizio sulla fondatezza della “pretesa” vantata dal ricorrente, sulla “spettanza” del bene della vita, ponendo in secondo piano il fatto che nella generalità dei casi il conseguimento del bene della vita è pur sempre protetto in termini di probabilità e non di certezza. Insisto nel ritenere esemplari sotto questo profilo le parole di Riccardo Villata pronunciate in occasione del convegno celebrativo dei 130 anni della istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato: “*Il processo amministrativo, abbandonato “finalmente” il modello di processo all’atto, è divenuto giudizio sul rapporto. Nel dettaglio, è un giudizio di spettanza nel senso che accerta la fondatezza della pretesa al bene della vita, pretesa che può oggi soddisfare tramite l’azione divenuta atipica o meglio il ventaglio di azioni che il c.p.a. riconosce e di cui si deve se mai criticare i limiti (quelli apposti alle azioni di adempimento, di nullità, risarcitoria) superandoli per quanto possibile nell’applicazione. Ebbene, io non mi riconosco affatto in questa prospettiva, spero non solo perché con il trascorrere degli anni ai propri convincimenti sempre più ci si affeziona e si consolida l’ostilità ad accettare tesi di segno diverso*” [14]. Annullare il giudizio negativo di una commissione, annullare la *lex specialis* che impedisca la partecipazione a una gara, annullare la previsione di uno strumento urbanistico, accertare l’illegittimità del silenzio; in casi come questi casi e, più in generale, tutte le volte in cui l’esercizio della giurisdizione generale di legittimità lascia margini di scelta all’Amministrazione, non è possibile ravvisare l’obbligo di soddisfare in maniera immediata e diretta la pretesa al bene della vita cui si aspira[15].

L’occasione per avviare questa riflessione critica è stata offerta proprio dalla recente ordinanza 19598/2020 che, all’apparenza, sembrerebbe ricollegarsi al filone della c.d. interpretazione evolutiva del rifiuto di giurisdizione, che si vorrebbe estendere alle ipotesi del rifiuto di assicurare “*l’effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di*

rilevanza comunitaria” e della “*omissione immotivata del rinvio pregiudiziale*”. Rispetto ai precedenti dell’ultimo decennio, quello che sembra caratterizzare la recente pronuncia non è però tanto l’apertura della figura verso la nuova frontiera del diritto eurounitario, quanto proprio il fatto che, muovendo dal parametro eurounitario, l’arretramento della giurisdizione amministrativa viene questa volta ipotizzato rispetto al bisogno di tutela proprio della figura dell’interesse legittimo e non ad una situazione di diritto soggettivo. Al di là delle diverse opzioni esegetiche che i primi due quesiti dell’ordinanza lasciano alla mercé dell’intelligenza e della cultura del giurista, la questione di sostanza che pone l’ordinanza è espressa in realtà nel terzo quesito e riguarda limiti e consistenza della figura dell’interesse legittimo^[16]: se e fino a che punto, in base al diritto eurounitario in materia di appalti, possa essere fatto valere l’interesse legittimo alla esclusione del concorrente e alla ripetizione della gara. Raffinate tecniche interpretative hanno mantenuto a lungo vivo il dialogo tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia, ma lo stesso succedersi delle decisioni ha finito solo con il rendere evidente l’esistenza di un contrasto di fondo proprio sul modo d’intendere la situazione soggettiva d’interesse legittimo.

Dando per nota la tormentata vicenda del rapporto tra ricorso principale e incidentale escludente, ci si limita a ricordare come tutte le volte che il giudice amministrativo nazionale ha provato a circoscrivere gli effetti dell’affermazione di principio della Corte di Giustizia, quest’ultima ha ribadito la propria posizione nel senso che l’interesse, o se si vuole il bene protetto, sia in ultima analisi quello alla correttezza della procedura che non si risolve necessariamente in quello alla concreta aggiudicazione della gara espletata (Fastweb 2013 – Puligienica 2016 – Lombardi 2019). Principio chiaramente riaffermato nell’ultimo caso, nel quale il giudice amministrativo nazionale aveva praticamente chiesto di lasciare alla discrezionalità del legislatore nazionale la stima dell’interesse a ricorrere nel caso concreto, e la Corte ha invece ribadito che, a prescindere dalla possibilità di risultare effettivamente aggiudicatari della gara, ricorso “efficace” è quello che tutela anche solo indirettamente l’interesse a ottenere l’appalto, ravvisato anche “*nell’ipotesi di esclusione di tutti gli offerenti e dell’avvio di una nuova procedura di aggiudicazione*” perché “*ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi*”. Secondo i principi comunitari, il concetto di “interesse ad ottenere l’aggiudicazione” non s’identifica dunque necessariamente con quello di chi, in esito all’accoglimento del ricorso, verrebbe riconosciuto aggiudicatario in luogo del controinteressato, situazione agevolmente patrimonializzabile e idonea ad essere risarcita per equivalente monetario. Bisogna quindi decidere se e fino a che punto possa arretrare la linea della tutela giurisdizionale dell’interesse strumentale al corretto svolgimento della gara d’appalto e se e fino a che punto il bene della vita che deve essere protetto dal giudice amministrativo sia quello all’aggiudicazione o alla corretta partecipazione.

3.- L’arretramento auspicato (dalle riforme legislative).

Occorre a questo punto considerare che la riflessione sull’attuale ruolo del giudice amministrativo deriva non solo dalla pressione esercitata dalle Sezioni Unite per evitare l’arretramento della linea della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, ma anche dal fatto che, per altro verso, il giudice amministrativo si trova ciclicamente esposto a disegni riformatori che auspicano se non proprio la scomparsa, quantomeno l’arretramento della linea della tutela giurisdizionale fruibile dal cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione.

Anche in occasione della situazione emergenziale creata dall'epidemia Covid 19 la proposta di escludere o limitare la tutela fruibile dal giudice amministrativo è puntualmente riemersa^[17]. L'emergenza sanitaria ha causato il blocco della gran parte delle attività produttive e commerciali, determinando la necessità di prevedere misure straordinarie per rilanciare immediatamente ed efficacemente l'economia al termine dell'emergenza pandemica. Il timore, al solito, è che l'intervento pubblico si riveli lento e inefficace, donde la proposta di risolvere il problema limitando la possibilità di ricorso e la tutela nella materia dei contratti pubblici di appalto di opere, servizi e forniture; limitando la tutela erogabile dal giudice amministrativo alla sola tutela risarcitoria.

Anche questa volta si è cercato di riscrivere il sistema di tutela appiattendolo sulla tutela risarcitoria con esclusione di quella costitutiva di annullamento. Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, l'art. 4 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 alla fine si è limitato a prevedere l'estensione, ai giudizi promossi avverso le procedure di gara bandite entro il 31 dicembre 2021, dell'articolo 125 del c.p.a., il quale, nonostante manifesti un indubbio *favor* per la tutela risarcitoria, non giunge sino al punto di escludere in assoluto la tutela d'annullamento. Ma tutti ricordiamo molto bene come si sia molto discusso della possibilità di escludere del tutto la tutela costitutiva per lasciare spazio unicamente alla tutela risarcitoria [18]. Probabilmente, anche per la ferma opposizione di buona parte della dottrina, alla fine il risultato è stato quello di estendere solo l'applicabilità dell'art 125 c.p.a., ma non dimentichiamo che da più parti è stato seriamente messo in discussione il fatto che l'art 113 Cost. offrisse copertura costituzionale al principio della giurisdizione generale di legittimità, sostenendo che il legislatore potesse pertanto escludere, in determinate materie o per particolari categorie di atti, l'impugnazione in sede giurisdizionale. Segno più evidente della tendenza a ridurre il giudice amministrativo a giudice del risarcimento del danno non potrebbe esservi e non è detto che si riesca a resistere anche al prossimo attacco che, sempre in nome dell'esigenza di recuperare efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, c'è da aspettarselo, tenderà nuovamente a sterilizzare quanto più possibile la possibilità d'intervento del giudice amministrativo.

La vicenda occasionata dall'emergenza pandemica è emblematica e sintomatica del rischio insito nelle teorizzazioni che neghino la differenziazione tra le situazioni soggettive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo e dei correlati bisogni di tutela: se il risarcimento diventa un modo come un altro per tutelare le situazioni d'interesse legittimo (il che si verifica nel momento in cui le due tutele, demolitoria e risarcitoria, divengono fungibili tra loro), dell'annullamento dell'atto illegittimo se ne può anche fare a meno.

Come già sottolineato altrove[19], proposte siffatte non sono pensabili vigente la Costituzione Repubblicana. Il diritto dell'emergenza non deve diventare un pretesto per giustificare l'ennesimo tentativo di ridurre la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e di sottrarre il diritto amministrativo al suo giudice naturale. Non si può fare però a meno di sottolineare come un tale anelito riformatore condurrebbe a una falsa semplificazione che non risolverebbe alcun problema; anzi, lo acuirebbe[20]. E' noto, infatti, che i ritardi e gli arresti nella conclusione dei processi decisionali, oltre che dal concorso non coordinato di più protagonisti pubblici nell'esercizio della medesima funzione, dipendono essenzialmente dalle innumerevoli e instabili normative, continuamente cangianti e in crescita esponenziale senza che il profluvio normativo ubbidisca ad un qualsivoglia principio che

possa orientarne l'applicazione. Fenomeno che disorienta il decisore pubblico fino al punto da paralizzarne l'azione per evitare l'assunzione di responsabilità sanzionabili sotto il profilo amministrativo, contabile e civile, che il pubblico funzionario finisce con l'assumere solo se e nel momento in cui, all'atto pratico, la decisione si presenta pressochè interamente praticamente vincolata.

Sotto il profilo della fenomenologia normativa, dovrebbe essere evidente che il problema si risolve rendendo più chiaro e semplice il quadro normativo, e che tale risultato si ottiene non già esasperando il ricorso all'interpretazione autentica o al continuo aggiustamento *in progress* della norma per chiarire l'effettiva *voluntas legis*, ma recuperando quanto più possibile il carattere generale e astratto della formulazione normativa^[21] e allontanandola simmetricamente dal concreto contenuto provvedimentale.

Sotto il profilo della funzione amministrativa, andrebbero recuperati margini più chiari e più netti di discrezionalità del decisore pubblico,

E il giudice amministrativo dovrebbe inserirsi in questo circolo virtuoso volto a ristabilire un minimo di certezza del diritto esercitando la funzione nomofilattica con esclusivo riferimento ai principi e alle regole tipiche del diritto amministrativo e non già cercando di moltiplicare i centri di nomofilachia per quel che concerne la tutela delle situazioni di diritto soggettivo.

E' evidente che si è giunti al punto di dover trarre le conclusioni.

4.- La trappola della tutela risarcitoria.

4.1.- Spinto dall'avvenuto spostamento dei diritti soggettivi nell'ambito della giurisdizione esclusiva e dall'attribuzione del potere di condanna al risarcimento del danno e suggestionato dalle teorizzazioni in termini di giudizio di spettanza, all'inizio del nuovo millennio il giudice amministrativo sembrerebbe essersi incamminato sulla via della ibridazione delle figure soggettive, incontrando la resistenza della Corte di Cassazione e prestando il fianco ad ulteriori interventi riformatori pronti a considerare la tutela risarcitoria un modo come un altro per tutelare l'interesse legittimo.

La tutela risarcitoria è la trappola perfetta per il giudice amministrativo e la strada dell'ibridazione è la pericolosa scorciatoia che vi conduce: espone il giudice amministrativo al perenne e carsico contrasto con le Sezioni Unite nel momento in cui l'ibridazione tende a costruire una tutela risarcitoria che è un surrogato di quella fruibile nel sistema della tutela civile dei diritti, sistema che è fondato sul principio della responsabilità patrimoniale del debitore proprio per garantire la tutela per equivalente monetario come misura generale; lo allontana da quella che è la sua *mission* istituzionale (e costituzionale), assicurare cioè giustizia nell'amministrazione, che rappresenta la sua stessa ragion d'essere.

L'ibridazione degrada i diritti soggettivi e patrimonializza l'interesse legittimo. Ma la patrimonializzazione dell'interesse legittimo ha senso, là dove sia possibile, se vale a concentrare la tutela risarcitoria innanzi a un unico giudice, non se diventa un pretesto per fornire un surrogato e, soprattutto, per abbandonare la forma di tutela specifica dell'annullamento, l'erogazione della quale ha rappresentato la ragione primaria per cui si è

stata introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità e se ne è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo. Esaltare la ricostruzione dell'interesse legittimo come situazione finale significa offrirlo su un piatto d'argento sul tavolo della tutela puramente risarcitoria (che, come si è appena ricordato, è la misura generalmente erogata nel sistema della tutela civile dei diritti) e appiattare la tutela del giudice amministrativo sul momento puramente risarcitorio, come ricorrentemente si auspica, significherebbe negarne la ragion stessa della sua esistenza. Tutto ciò ci riporterebbe indietro di oltre un secolo, al tempo dell'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, quando nel Regno d'Italia l'unica tutela fruibile era quella del risarcimento del danno per equivalente monetario ed era assicurata dallo stesso giudice competente a conoscere delle liti tra soggetti privati, il giudice ordinario. Rinunciare alla garanzia giurisdizionale che le questioni siano trattate dai pubblici poteri in modo imparziale ed equo proprio nel momento in cui una tale garanzia trova fondamento non più solo nell'art 97 della nostra Costituzione, ma anche quale diritto fondamentale dell'individuo nelle norme recate dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE o dall'art. 6 CEDU, non sarebbe una geniale riforma, ma un passo indietro nel livello di civiltà giuridica dell'ordinamento repubblicano.

4.2.- L'ibridazione sembrerebbe in armonia con la diffusa e sempre crescente tendenza a ritenere in via di dissoluzione, se non ormai già superata, la distinzione tra diritto civile e diritto amministrativo, tra diritto privato e diritto pubblico o, più in generale, la possibilità di continuare ad impiegare categorie giuridiche tradizionali nell'ordinamento contemporaneo. Che gli istituti e le categorie giuridiche tradizionali siano in una crisi anche profonda è un dato di fatto, e ne sono note le ragioni: crisi della politica; inadeguatezza del principio di legalità e complicazione e moltiplicazione del sistema delle fonti; crisi della sovranità in un sistema di produzione normativa e di tutele multilivello globalizzato e via dicendo.

In questo contesto, per il diritto amministrativo e il suo giudice, diventa fondamentale conservare la consapevolezza che l'uno e l'altro hanno ancora pienamente ragione di conservare la loro specialità perché forme e modi della cura e della protezione degli interessi pubblici ubbidiscono a principi fondamentali differenti rispetto a quelli propri della cura e della protezione degli interessi privati, tanto sul piano sostanziale, quanto su quello giustiziale, non mutuabili dal sistema di diritto privato^[22]. Rilevanza dell'elemento volontaristico e atipicità degli effetti giuridici contraddistinguono il diritto privato; procedimentalizzazione dell'attività, unilateralità e tipicità degli effetti giuridici, il diritto amministrativo (e pubblico). Le ragioni della specialità del diritto amministrativo non si risolvono nel mero tecnicismo della disciplina, ma si riassumono nella specificità dei principi informatori. Quella stessa globalizzazione cui è in gran parte imputabile la crisi del sistema attuale, tende ad imporre che i Saperi si omogenizzino quanto più possibile per agevolare la comunicazione e favorire il confronto e riconosce la specialità della disciplina solo se questa abbia una chiara e giustificata ragion d'essere.

L'ordinamento, gli ordinamenti giuridici, sono in trasformazione, e questo rende senz'altro spesso inadeguati gli istituti tradizionali. Ma, quali che siano le forme che il nuovo ordinamento assumerà al termine della crisi, una volta stabilito il nuovo ordine, ci sarà sempre qualcuno che dovrà provvedere alla cura degli interessi propri della collettività unitariamente considerata per assicurarne la conservazione o lo sviluppo. E si riproporrà a questo punto l'alternativa tra modelli diversi. Il modello del Principe di Machiavelli, secondo il quale chi governa il popolo non deve preoccuparsi dei modi o mezzi attraverso i quali raggiunge il fine di assicurare la cura dell'interesse della collettività governata; anzi: più inganna il popolo,

come la volpe, e più è autoritario, come un leone, e più risponde al modello ideale di buon governatore; non contano le regole dell'azione, perché agire con la forza e non secondo la legge è spesso dovere del buon Principe; il fine giustifica i mezzi^[23]. Ovvero il modello del Romagnosi o del Cardinal De Luca, per il quale regola fondamentale “è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità” (“Lo che è sinonimo di far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della proprietà privata e libertà. Qui la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l'effetto ma il semplice mezzo”)^[24] ed è essenziale che non diventi “*Vanum disputare de potestate*”^[25]. L'alternativa rende evidente che un ordinamento può anche fare a meno del diritto amministrativo, dei suoi principi e del suo giudice, ma bisogna aver ben presente che su questo piano si gioca il livello di civiltà dell'ordinamento medesimo.

[1] *L'articolo è stato già ospitato insieme ad altri numerosi contributi nel fascicolo monotematico 1/2021 dedicato a “La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo” della rivista *Questione Giustizia*.

[2] **E. Scoditti, G. Montedoro**, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione Giustizia*, 11.12.2020.

[3] L'ordinanza è stata già oggetto di numerosi commenti dottrinari. Per tutti v. **M.A. Sandulli**, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in www.giustiziasieme.it, 30 11 2020 e ivi ulteriori riferimenti.

[4] **E. Cannada Bartoli**, *La tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, 2 ed., Milano, 1968.

[5] Il problema dell'autonomia dell'azione risarcitoria è centrale nella sentenza 500/1999, che ritiene insussistente “la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento ... in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo, e quindi l'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 cc riservata ai soli diritti soggettivi”; giungendo alla conclusione che “qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l'illegittimità dell'azione amministrativa non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illegittimo, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 cc”. Per più ampi riferimenti mi sia consentito rinviare a **F. Francario**, *Degradazione e pregiudizialità quali limiti all'autonomia dell'azione risarcitoria*, in *Dir. Amm.*, 3/2007 ripubblicato in *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.

[6] In tal modo la domanda di risarcimento del danno, in origine questione sempre “riservata” all'autorità giudiziaria ordinaria anche nei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dopo aver rappresentato una questione che poteva essere conosciuta anche dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, è divenuta questione che può essere sempre conosciuta dal giudice amministrativo, anche quando è investito della sola giurisdizione di legittimità. L'evoluzione è meglio riassunta, nei termini essenziali di cui nel testo, in **F. Francario**, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2016.

[7] La previsione della possibilità del giudice amministrativo di condannare al risarcimento del danno anche nelle ipotesi di sola giurisdizione generale di legittimità, e quindi a tutela di interessi legittimi, è uscita immune dal giudizio di costituzionalità operato dalla pronuncia Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e la secolare riserva al giudice ordinario delle «questioni patrimoniali consequenziali alla pronunzia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre», di cui all'art 30 del TU delle leggi sul Consiglio di Stato (RD 26 giugno 1924 n. 1054), è stata così definitivamente eliminata: prima dalla sola giurisdizione esclusiva (d.lgs. 80/1998), poi dalla giurisdizione amministrativa tout court (l. 205/2000).

Con specifico riferimento al profilo del termine di proposizione dell'azione nel termine di 120 giorni per il risarcimento degli interessi legittimi, Corte cost. 22 02 2017 n. 94 afferma che “Il legislatore ha, dunque, delineato una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa”. Quella della pregiudizialità dell'annullamento è tuttavia una questione mai del tutto sopita, che continua ancor oggi a riproporsi praticamente nei medesimi termini in cui veniva posta anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo negando la proponibilità dell'azione in assenza della previa impugnazione dell'atto amministrativo a prescindere dalla concreta incidenza sulla determinazione

del risarcimento (v. ad es. nota redazionale a Cons Stato Sez. Terza, 13 05 2020 n.3040, *Il ritorno della pregiudiziale dell'annullamento per la tutela risarcitoria*, in www.giustiziasieme.it, 22 maggio 2020).

[8] La sentenza afferma chiaramente che i criteri ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una “particolare materia” alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non consentono “che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice “della” pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.)” e che il criterio dei blocchi di materie non è pertanto un criterio che possa ritenersi sufficiente ai fini del riparto di giurisdizione; non lo è se e in quanto prescinde dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte e se ignora le condizioni minime richieste per la sussistenza della giurisdizione generale di legittimità

[9] Oltre ad essere un dato di comune esperienza per gli operatori del diritto, il profilo critico è generalmente sottolineato anche negli studi della dottrina sul tema. Alla lucida sintesi operata da **M.A. Sandulli**, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir e Soc.*, 2/2020, 203 ss, per ulteriori riferimenti v. anche, tra gli altri, **G. D'Angelo**, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus – online. Rivista di scienze giuridiche*, 3/2020, 11 ss; **P. Lombardi**, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva temperata*, in *Dir.proc. amm.*, 1/2016, 125 ss; **S. Lucattini**, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 203 ss; **L- Perfetti**, *L'istruttoria nel processo e il principio di dispositivo*, in *Dir e proc amm.*, 2014, 46 ss; **B. Marchetti**, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir proc amm.*, 2014, 105 ss; **M. Ramajoli**, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 145; **F. Saitta**, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir e proc amm.*, 2013, 126 ss)

[10] Il tema è stato ampiamente trattato nell'edizione del 2018 delle “Giornate di studio sulla giustizia amministrativa” i cui atti sono raccolti nel volume **F. Francario, M.A. Sandulli** (a cura di), *Profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

[11] Cfr. **M.A. Sandulli**, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in www.giustiziasieme.it, 30 11 2020.

[12] Sulla quale v. **G.A. Primerano**, *L'actio iudicati nel nuovo processo amministrativo*, in www.giustiziasieme.it, 12 01 2021.

[13] **M. Trimarchi**, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in www.GiustiziaInsieme.it, 17 febbraio 2021.

[14] **R.Villata**, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, Relazione al Convegno tenuto a Palazzo Spada il 20 novembre 2019 e dedicato ai 130 anni della IV Sezione del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it. Con riferimento all'impiego della formula del giudizio di spettanza, Villata ricorda efficacemente come “l'autore – Falcon – di questa apprezzata formula divenuta di largo utilizzo ha avuto modo di precisare, rivendicando il valore dell'interesse legittimo quale fondamento di una raffinata tecnica di sindacato di legittimità del provvedimento, che “ciò che spetta non è in realtà che un nuovo, corretto esercizio della discrezionalità amministrativa” ovvero che la “spettanza è il risultato dell'esercizio del giudizio sul potere”.

[15] Significativa è la rilettura dell'interesse legittimo come figura di teoria generale recentemente operata da **F.G.Scoca**, *L'interesse legittimo. Teoria e storia*, Torino, 2019, il quale esclude che sia oggettivamente protetto l'interesse pubblico e che l'interesse privato sia solo occasione per la protezione dell'interesse pubblico, così come che si risolva nel bene della vita cui si aspira, e cioè nella pretesa al bene in quanto tale; per giungere alla conclusione che l'interesse legittimo si sostanzierebbe nell'interesse del privato al provvedimento favorevole. Pur senza risolversi nella legittimità dell'atto, la situazione è e rimane correlata all'esercizio del potere.

[16] Si rinvia a **F. Francario**, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in www.giustiziasieme.it, 11 11 2020; Id., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in www.federalismi.it, 16 12 2020.

[17] **G. della Cananea, M. Dugato, A. Police, M. Renna**, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, IL FOGLIO, 2 aprile 2020; **V. Visco**, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della P.A.*, Il Sole24Ore, 6 febbraio 2021.

[18] Il dibattito è significativamente riassunto nel convegno dedicato dall'Associazione Italiana Professori Diritto Amministrativo – A.I.P.D.A al tema “Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti” e tenuto in forma di webinar il 29 aprile 2020, visibile sul sito dell'Associazione e in www.giustiziasieme.it (21 maggio 2020).

[19] **F. Francario**, *Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 2231 ss.

[20] Cfr. **F. Francario**, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in www.federalismi.it, 15 04 2020.

[21] **V. Crisafulli**, *Lezioni di diritto costituzionale, II. Le fonti normative*, Padova, 1970, 24 ss.

[22] Le considerazioni di cui nel testo sono state già svolte con riferimento anche al ruolo della dottrina in **F. Francario**, *Considerazioni sul dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo e sulla loro evoluzione*, in www.federalismi.it 11/2018, ripubblicato in *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019, 561. In sintonia sul tema v. di recente anche **M. Mazzamuto**, *L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo*, in www.giustiziainsieme.it, 1 3 2021.

[23] **N. Machiavelli**, *Il principe di Nicholo Machiavello al magnifico Lorenzo di Piero de Medici. La vita di Castruccio Castracani da Lucca a Zanobi Buondelmonti et a Luigi Alemanni descritta per il medesimo. Il modo che tenne il duca Valentino per ammazzar Vitellozzo, Oliverotto da Fermo il s. Paolo et il duca di Gravina Orsini in Senigaglia, descritta per il medesimo, stampata in Roma per Antonio Blado d'Asola a dì iij de gennaio del M.D.XXXII* (edizione originale postuma).

[24] **G.D. Romagnosi**, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Parma, 1814, p. 14

[25] **Cardinal De Luca**, *Summa sive compendium Theatri veritatis et iustitiae*, Roma, 1679. La citazione è ripresa da **E. Cannada Bartoli**, *Vanum disputare de potestate*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/1989.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1910 – 1 settembre 2021

Protezione dati personali e Pubblica Amministrazione

di Fabio Francario

(Il presente scritto è destinato ad essere ospitato nel volume a cura di C. Pisani, G. Proia e A. Topo, Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro, in corso di pubblicazione per la casa editrice Giuffrè W.K.. La Rivista ne anticipa la pubblicazione, ringraziando i curatori)

Sommario: 1.- Premessa; 2.- Il principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. La conoscenza dell'interesse primario e degli interessi secondari nel procedimento amministrativo; 3.- La necessaria considerazione del diritto alla protezione dei dati personali nell'ambito del procedimento amministrativo; 4.- La normativa privacy, ovvero la "tempesta perfetta" per il decisore pubblico; 5.- Il patologico aggravamento del processo decisionale; 5. 1.- Aggravamento e paralisi procedimentale; 5.2.- I c.d. bonus Covid; 5.3.- Il registro lobbisti e la pubblicazione delle sentenze; 5.4.- Vaccinazioni e green pass; 6.- Il trattamento per finalità di pubblico interesse; 6.1.- Opzioni interpretative; 6.2.- L'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri come base giuridica di per sé valida per il trattamento dei dati comuni o ordinari; 6.3.- Le declinazioni del principio di minimizzazione; 6.4.- Altre indicazioni del GDPR; 7.- Osservazioni conclusive.

1. – Premessa.

In linea generale, può ritenersi pacifico che oggi come oggi la *privacy* debba essere intesa come contenuto di un diritto individuale non più limitato soltanto ad evitare ingerenze nella propria sfera personale ("*right of the individual to be let alone*") [1], ma esteso all'uso e alla circolazione

dei propri dati personali; ovvero come un diritto che ha ad oggetto i dati personali e la capacità dispositiva degli stessi[2]. Nel che si concretizzerebbe il bene della vita protetto, con le inevitabili conseguenze anche in tema di patrimonializzazione del relativo interesse[3].

Anche il sistema disegnato dal Regolamento generale sulla protezione dei dati del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento UE 2016/279) ruota intorno ad una concezione della *privacy* come diritto fondamentale delle persone fisiche alla protezione dei propri dati personali e prevede un insieme di misure e principi volte ad evitare che soggetti terzi possano trattare dati personali acquisiti senza il consenso dell'interessato o per finalità diverse da quelle per le quali esso consenso sia stato prestato o oltre il tempo strettamente necessario. In assenza del consenso dell'interessato il trattamento si assume illecito e va in ogni caso rispettato il principio di minimizzazione del trattamento nei termini indicati dall'art. 5 del GDPR, che impone che i dati possano essere raccolti solo “*per finalità determinate*” e che siano oggetto di trattamenti “*adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati*”.

Un tale diritto deve essere ovviamente rispettato anche delle amministrazioni pubbliche, ma il GDPR, a partire dalla previsione recata dall'art. 6 lett. e) secondo la quale “*l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento*” è una delle possibili basi giuridiche che consentono di ritenere lecito il trattamento, detta una serie di disposizioni che disciplinano specificamente presupposti e condizioni del trattamento per finalità di pubblico interesse e che dovrebbero differenziare il regime giuridico del trattamento nell'ambito pubblico. Tuttavia, se si guarda all'interpretazione e alla prassi applicativa prevalentemente seguite in materia di *data protection*, ciò non sembrerebbe essere avvenuto, dal momento che, anche nell'ambito pubblico, l'una e l'altra appaiono pressoché completamente appiattite sulla matrice privatistica che, in assenza del consenso, postula un generale divieto di trattamento anche per i dati comuni o ordinari, e non solo per quelli particolari o sensibili.

Prima ancora di vedere se e quali principi debbano correttamente orientare l'interpretazione in ambito pubblico, la trattazione del tema della disciplina della protezione dei dati personali con riferimento alla Pubblica Amministrazione deve necessariamente muovere da una considerazione preliminare d'ordine generale, e cioè che l'attività della pubblica amministrazione, differentemente da quella dei soggetti privati, è necessariamente improntata al rispetto dei principi fondamentali di legalità dell'azione amministrativa e di buon andamento e imparzialità.

Non si tratta soltanto di principi generali dell'attività che, al pari di diversi altri, devono essere generalmente seguiti dall'amministrazione nello svolgimento della propria attività, ma di veri e propri principi fondamentali che caratterizzano specificamente l'attività amministrativa rispetto a quella tipica dei soggetti privati. Il principio di legalità limita la capacità giuridica della pubblica amministrazione, consentendole di perseguire unicamente le finalità istituzionali che siano state ad essa previamente attribuite dal legislatore[4]. Il principio di buon andamento e imparzialità obbliga la pubblica amministrazione ad adottare le proprie determinazioni non solo nel rispetto del principio del *neminem laedere* (tanto più che, se legittimamente esercitato, il potere consente il sacrificio delle posizioni giuridiche soggettive che ad esso si contrappongono anche senza o contro la volontà del titolare), quanto soprattutto ad adottare la migliore delle decisioni possibili nel caso concreto.

Le presenti osservazioni si propongono di sottolineare che il GDPR offre molteplici spunti per differenziare significativamente il regime del trattamento in ambito pubblico. L'interpretazione della disciplina sulla protezione dei dati personali in ambito pubblico non può prescindere dalla considerazione della rilevanza che in tale ambito assume il principio di legalità dell'azione amministrativa e l'acritica applicazione della matrice privatistica in ambito pubblico pregiudica gravemente il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

2.-. Il principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. La conoscenza dell'interesse primario e degli interessi secondari nel procedimento amministrativo

Il principio di buon andamento e imparzialità, già sancito dall'art 97 della Costituzione, travalica ormai, com'è noto, i limiti nazionali ed è affermato anche nella Carta dei diritti fondamentali UE, nell'ambito della quale è declinato dall'art 41 in termini di Diritto fondamentale dell'individuo ad una buona amministrazione (*Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione*)[5].

Come già detto, impone ai soggetti pubblici di adottare la migliore delle decisioni possibili nel caso concreto. Come si faccia poi a sapere se sia stata presa la migliore delle decisioni possibili è impresa ardua. E' qualcosa che in realtà si può stabilire soltanto in un secondo momento, verificando *ex post* se la soluzione adottata funziona veramente; se cioè l'assetto dato ai diversi interessi in gioco si rivela effettivamente congruo oppure no; se il conflitto, reale o potenziale, tra diversi aspiranti ad un medesimo bene della vita sia stato ben amministrato dal decisore pubblico. Giudicando le cose *ex post*, potendo valutare se e cosa non ha funzionato bene nel caso concreto, si ha gioco facile a dire che un'altra decisione sarebbe stata migliore di quella presa e, assolutizzando il concetto della decisione migliore possibile, si arriverebbe a ritenere ingiusta anche la decisione che sia stata comunque ragionevolmente presa. Per questa ragione, i principi cardine del sistema di giustizia amministrativa annoverano anche quello della insindacabilità del merito, strettamente e propriamente inteso, della decisione amministrativa, limitandone la cognizione diretta da parte del giudice amministrativo nei soli casi eccezionalmente previsti di giurisdizione cd di merito.

Le regole di diritto amministrativo (e con esse il loro giudice naturale) non garantiscono pertanto che venga sicuramente presa, ogni volta, la migliore delle decisioni possibili, ma servono a far sì che il decisore pubblico sia messo nelle condizioni di prendere la migliore delle decisioni possibili; creano le condizioni perché venga presa la migliore delle decisioni possibili.

Per raggiungere questo risultato la scienza amministrativa ha costruito la categoria del procedimento amministrativo, quale momento di sintesi e necessaria convergenza delle diverse regole proprie di una determinata azione amministrativa, finalizzate nel loro insieme a consentire che il decisore pubblico sia messo nelle condizioni di prendere la migliore delle decisioni possibili[6].

Il procedimento serve a garantire la trasparenza del processo decisionale al fine di consentirne *ex post* il controllo, ma serve appunto anche a creare le condizioni per una buona decisione; ad obbligare il decisore pubblico a conoscere necessariamente della situazione sulla quale è necessario provvedere e a conoscere e contemperare preliminarmente gli interessi coinvolti nella decisione.

Diversamente da quella di un soggetto privato, la decisione del buon amministratore pubblico non può consumarsi istantaneamente, ma deve giungere solo quando si è raggiunta una adeguata conoscenza della realtà sulla quale si deve provvedere e degli interessi che sono coinvolti nella decisione (quale che ne sia il livello di protezione giuridica sul piano sostanziale: diritto soggettivo, interesse legittimo, interesse semplice), che vanno individuati e ponderati.

Nella ricerca della migliore delle decisioni possibili, questo processo di costruzione dell'adeguata conoscenza rischia di essere senza fine, perché, almeno in teoria, può esserci sempre l'esigenza di conoscere qualcosa in più, un interesse in più da considerare e ponderare con gli altri.

Alcuni interessi devono essere necessariamente presi in considerazione perché così vuole la legge.

Ma la serie è aperta, potenzialmente infinita. La partecipazione al procedimento dei diretti interessati è ormai considerata come necessaria stante la previsione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento recata dall'art. 7 della l. 241/1990 e smi, ma la medesima legge 241 prevede all'art. 9 anche la possibilità d'intervento nel procedimento di "*Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento*", con conseguente obbligo di valutazione e quindi di motivazione ai sensi dell'art 10 sempre della l. 241/1990. Altrettanto è a dirsi per pareri e atti istruttori in genere che possono essere anch'essi obbligatori e facoltativi

E qui va ancora sottolineato, prima di addentrarci nella specifica realtà del mondo *privacy*, che le regole del nostro procedimento sono in parte sicuramente schizofreniche, perché per un verso cercano di porre un limite al processo di conoscenza, stabilendo termini teorici abbastanza brevi per la conclusione dei procedimenti fissati di regola in trenta, novanta o centottanta giorni dall'art. 2 l. 241/90 [7] e affermando in via generale il divieto di aggravamento del procedimento ("*se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria*" art. 1 l. 241/90)[8]; per l'altro introducono istituti che inevitabilmente allungano e aggravano il procedimento ed i suoi tempi: garanzie di trasparenza e di motivazione e di partecipazione procedimentale[9]. E' una linea di tendenza ormai generalizzata, che non sembra destinata ad attenuarsi, ma semmai ad accentuarsi; come dimostrato dalle recenti ormai annuali leggi di semplificazione che spesso e volentieri riducono la semplificazione al puro e semplice accorciamento del tempo di conclusione del procedimento, magari accompagnato dalla previsione della possibilità di sostituzione dell'organo decidente con tempi ancor più ristretti per il nuovo decisore o dal trasferimento della responsabilità della decisione interamente in capo al privato interessato[10].

Insomma, il procedimento amministrativo è la sede in cui devono essere conosciuti e ponderati gli interessi coinvolti nella decisione. Deve (teoricamente) concludersi sempre più

in fretta, ma deve, al tempo stesso, farsi carico della necessità di conoscere, valutare e ponderare un numero sempre crescente di interessi prima di assumere la decisione.

3.- La necessaria considerazione del diritto alla protezione dei dati personali nell'ambito del procedimento amministrativo.

La premessa è necessaria per avere un corretto approccio alle problematiche giuridiche dall'impatto della normativa sulla protezione dati personali sulle pubbliche amministrazioni, sulla loro organizzazione e attività. Limitarsi alla sola considerazione del fatto che si è di fronte ad un diritto fondamentale della persona che, in quanto tale, non può essere sacrificato dall'azione amministrativa, sarebbe riduttivo ed errato. Errato, perché tutti i diritti, siano qualificati o meno come fondamentali, vanno parimenti rispettati dalla pubblica amministrazione, fermo restando che possono essere tutti parimenti sacrificati, purché nel rispetto del principio di legalità. Nessun diritto può cioè essere ingiustamente leso dall'amministrazione senza che vi sia possibilità di reagire al danno *iniuria datum*[11]; ma tutti possono essere legittimamente sacrificati per ragioni di pubblico interesse[12]. Riduttivo, perché in tal modo non si considera che quello alla protezione dei dati personali dei destinatari dell'azione amministrativa è un interesse che oggi come oggi rappresenta il contenuto di un diritto fondamentale dell'individuo e che deve essere necessariamente considerato e valutato dalla PA prima di provvedere. Considerazione e valutazione s'impongono ormai con carattere di necessità e di generalità non solo perché, tecnologicamente, l'amministrazione digitale si realizza necessariamente attraverso il ricorso a fonti d'informazione organizzate nella forma di vere e proprie banche dati digitalizzate che ormai implicano il trattamento di dati personali[13], ma anche per la soggezione delle amministrazioni pubbliche all'obbligo di riorganizzare tutti i suoi processi decisionali in chiave *privacy*; a partire dall'adozione di un registro delle attività di trattamento[14] che, oltre a consumare una prima valutazione circa la necessità e la proporzionalità del trattamento rispetto alle finalità per cui viene effettuato, è destinato a consentire anche una valutazione probabilistica del rischio che il trattamento leda diritti e libertà delle persone fisiche e a predisporre, ove necessario, le adeguate misure organizzative per evitare che ciò accada. Ciò ha impegnato e sta tutt'ora impegnando le risorse e le energie dell'Amministrazione in uno sforzo organizzativo forse senza precedenti per compiere una mappatura di tutti i procedimenti in chiave *privacy*, evidenziando le situazioni di rischio per gli interessati e auto-vincolandosi al rispetto delle regole di prevenzione conseguentemente predisposte. Il risultato di questo sforzo immane è comunque che, oggi come oggi, l'interesse alla protezione dei dati personali è ormai immanente nei procedimenti amministrativi e non è oggetto di una cognizione soltanto eventuale o occasionale.

L'affermazione per cui l'Amministrazione deve necessariamente prendere in considerazione l'interesse alla protezione dei dati personali e adottare le misure idonee ad assicurarne la protezione va ben chiarita nel suo effettivo significato, volto non già a negare che l'interesse sia contenuto di un diritto individuale che l'ordinamento qualifica fondamentale, ma a sottolineare che, differentemente dai casi in cui la considerazione di un dato interesse è reputata necessaria dal legislatore nel momento in cui questi disegna un determinato procedimento amministrativo, nel caso della *privacy* ci troviamo invece di fronte ad una previsione generale dell'obbligo di prendere in considerazione tale interesse nei procedimenti amministrativi e, conseguentemente o preliminarmente, nell'organizzazione amministrativa.

In genere, è la normativa specifica propria di una determinata tipologia procedimentale a prevedere di volta in volta quali interessi debbano essere necessariamente presi in considerazione e valutati prima di provvedere, prefigurando l'attività istruttoria che deve essere necessariamente svolta per un dato procedimento. Nel caso della *privacy*, invece, la necessità della considerazione dell'interesse alla protezione dei dati personali dei soggetti interessati, come interesse antagonista dell'interesse primario per la tutela del quale è stato aperto il procedimento amministrativo, è ormai imposta a prescindere dall'esistenza di una disposizione di legge che sia dettata per quella specifica tipologia procedimentale ed è frutto di una previsione generale. Fosse anche solo al fine di accertare che non vi siano soggetti interessati al trattamento dei dati personali, l'interesse va ormai necessariamente valutato dall'Amministrazione prima di provvedere. Nei confronti della pubblica amministrazione tale diritto gode dunque di una protezione rinforzata rispetto agli altri diritti fondamentali, in quanto obbliga la pubblica amministrazione a valutare preliminarmente, per ogni procedimento, se sussista anche solo il rischio che il diritto possa esser leso dall'azione amministrativa. E' bene però precisare che ciò non significa anche che tale interesse debba poi essere protetto prevalendo necessariamente sull'interesse primario o condizionando comunque il concreto contenuto della funzione amministrativa esercitata; ma solo che debba appunto esser preso in considerazione, senza alcuna automatica conseguenza sul concreto contenuto o sulla forma della decisione amministrativa, in termini di preclusione del trattamento o anche solo di anonimizzazione del dato personale. Nella generalità dei casi si pone certamente un problema di "minimizzazione" del trattamento, ma si tratta di cosa ben diversa sia da un ipotetico divieto di usare i dati in possesso della PA utili per il perseguimento della finalità di cura del pubblico interesse, che da un obbligo di nascondere sempre e comunque l'identità del destinatario di un'azione amministrativa. E' quanto ci si accinge a chiarire meglio nei paragrafi successivi.

4.- La normativa *privacy*, ovvero la "tempesta perfetta" per il decisore pubblico.

La riflessione sulla specificità del trattamento dati in ambito pubblicistico non ha fino ad ora avuto molta attenzione da parte della dottrina amministrativistica. Probabilmente l'appiattimento della ricostruzione teorica sulla matrice privatistica è stato condizionato dal fatto che l'attuazione del GDPR da parte del legislatore nazionale ha visto scomparire dal Codice della *privacy* le disposizioni sistematicamente recate dal Capo Secondo del Titolo Terzo, specificamente dedicate ai soggetti pubblici (artt. 18 – 22)[15]. Unitamente al condizionamento esercitato dalla circostanza per cui il patrimonio di informazioni e dati personali detenuto dalle pubbliche amministrazioni è senz'altro pari o superiore ai *big data* che possono essere detenuti da grandi gruppi imprenditoriali, ciò può aver indotto a ritenere del tutto indifferente la natura del soggetto "forte" del rapporto giuridico ed a presumere che presupposti e limiti dell'applicazione del GDPR potessero essere sempre gli stessi, senza considerare che l'azione di un soggetto pubblico o privato risponde a principi informativi profondamente diversi in punto di finalità e proporzionalità dell'agire. Forse si è trattato di una conclusione non meditata e troppo affrettata, data praticamente per scontata, fatta discendere dalle scelte confusamente fatte dal legislatore nazionale nel dare attuazione al GDPR e che avevano visto scomparire le disposizioni precedentemente recate dagli articoli 18 e seguenti del Codice. Forse si è trattato di mera distrazione, accentuata anche dalla mancanza di quegli stimoli che sarebbero potuti derivare dalla giurisprudenza amministrativa dal momento che la giurisdizione sul diritto alla protezione dei dati personali e sui

provvedimenti dell’Autorità garante è stata infatti attribuita alla giurisdizione ordinaria e la giurisprudenza amministrativa ha potuto esprimersi nel limitato spazio lasciato aperto al contenzioso nel giudizio per l’accesso agli atti e documenti amministrativi, la volte in cui il diritto alla riservatezza si è contrapposto a quello di accesso^[16].

A questa sottovalutazione del problema o mera distrazione da parte della dottrina si è peraltro accompagnata l’oggettiva difficoltà di comprensione e d’interpretazione della normativa dettata in materia di privacy, quasi esemplare (in negativo, s’intende) per disorientare il decisore pubblico. Diversi sono i fattori che concorrono a creare quella che sembra essere la tempesta perfetta in cui viene a trovarsi il decisore pubblico.

Innanzitutto il Regolamento europeo 679/2016. Il GDPR ha inteso creare un sistema sicuramente raffinato, fondato sulla filosofia della “responsabilizzazione” (*accountability*)^[17]; ma, al di là delle enunciazioni di principio, ciò in ultima analisi significa che non si deve più partire dal precetto normativo, ma dallo scopo ultimo della normativa, ossia la tutela del dato per poi a ritroso arrivare ad individuare le misure da adottare in conformità alle disposizioni del Regolamento. Con buona pace degli *Engel criteria* che secondo la giurisprudenza CEDU devono essere osservati dai provvedimenti (formalmente o sostanzialmente) sanzionatori^[18], ciò significa che non si muove da regole d’azione chiare, certe e predeterminate da osservare, ma dalla costruzione di un sistema di misure da parte del titolare del trattamento che deve essere in grado di assicurare il rispetto del diritto fondamentale dell’individuo alla protezione dei dati personali. Non basta però osservare il sistema auto-responsabilmente creato dal titolare, che non viene previamente validato dall’Autorità garante; quest’ultima ne valuterà infatti validità ed efficacia unicamente *ex post*, eventualmente sanzionando le condotte tenute nell’osservanza del sistema che, al momento in cui se ne presenterà il caso, verrà ritenuto inadeguato.

Il Regolamento, dunque, non indica le misure da adottare, ma solo i principi da seguire per arrivare al raggiungimento dello scopo ultimo della tutela dei dati personali. E rinvia in ogni caso al legislatore nazionale. E il nostro legislatore nazionale non ha mancato di metterci del suo.

Il GDPR doveva essere attuato entro il 25 maggio 2018, data della sua entrata in vigore, ma le norme di adeguamento vengono emanate solo il 10 agosto 2018, con il dl lgs 101 /2018 (“*Disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (ue) 2016/679 del parlamento europeo e del consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/47/ce (regolamento generale sulla protezione dati)*”). Il problema interpretativo non è però determinato dal mancato rispetto dei termini, quanto proprio dal fatto che il d. lgs 101/2018 tutto sembra fare tranne che adeguare la normativa nazionale a quella eurounitaria. A cominciare dal fatto che si presenta già con una duplicità di veste e contenuto: una parte di norme sono nuove e proprie del d lgs 101/2018; altre modificano e integrano il d lgs 30 giugno 2003 n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), che non viene interamente abrogato. Alcune parti vengono espressamente abrogate (tra le quali l’intero Titolo Terzo, recante le “Regole generali per il trattamento dei dati”, ivi comprese sia le “Regole per tutti i trattamenti”, che le “Regole ulteriori per i soggetti pubblici”), altre (la gran parte) modificate o integrate. La previgente disciplina recata dal d lgs 196/2003 non viene dunque interamente sostituita e il Codice viene formalmente mantenuto in vita, con il risultato che oggi come oggi non esiste un unico testo leggibile, intellegibile e comprensibile

dal quale ricavare il contenuto normativo^[19]. E' sempre necessaria una sfibrante opera d'interpretazione per ricostruire la norma vigente per effetto di un gioco pressochè continuo di rinvii che rende praticamente indispensabile l'impiego di una tavola sinottica^[20].

Lo scenario di riferimento è poi contraddistinto anche dai dettami regolatori dell'Autorità garante della protezione dei dati personali, sostanzialmente privi di formulazioni normative chiaramente individuabili e il cui contenuto precettivo deve essere ricavato da quanto esposto in forma per lo più discorsiva in linee guida, FAQ, pareri e altri strumenti latamente riconducibili ad espressione di *soft law*. In molti casi, tali atti non sono stati peraltro nemmeno aggiornati dopo l'entrata in vigore del GDPR, scaricando sull'interprete la responsabilità della loro lettura aggiornata (è il caso ad esempio delle *Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web*, adottate con deliberazione n 88 del 2 marzo 2011).

A tutto ciò si accompagna il fatto che la normativa *privacy* crea in pratica un vero e proprio ordinamento di settore che impiega figure e istituti assolutamente tipici la cui lettura e applicazione richiedono una conoscenza specialistica e non sono certamente agevolate dall'incertezza originata dalla stessa terminologia tecnica impiegata^[21]. Nel succedersi dei diversi interventi normativi, il medesimo lemma ha spesso finito per indicare figure con compiti e funzioni diverse da quelle che in precedenza si riconducevano alla medesima figura. Esempio sotto questo profilo la figura del responsabile del trattamento che, nella quasi ventennale esperienza del codice della privacy del 2003 (sulla cui base si è formata anche la stessa legislazione regionale), ha individuato il soggetto "preposto" al trattamento, articolandosi nelle due figure del responsabile interno ed esterno, (artt. 4 e 29), al di sotto del quale operavano i soggetti autorizzati a compiere le operazioni di trattamento (art 4 e 30 Codice privacy); il *nomen* viene conservato nell'art 2 *quaterdecies* del Codice, ma sopravvive in un contesto profondamente diverso per indicare soggetti praticamente terzi rispetto all'organizzazione del titolare del trattamento che debbano effettuare il trattamento "*per conto del titolare del trattamento*" (art 28 GDPR); ed è doppiata dalla figura del responsabile della protezione dati, concepito anch'esso come organo terzo e indipendente con compiti sostanzialmente di assistenza, consulenza e sorveglianza (artt 37 – 39 GDPR). In pratica, l'unico soggetto responsabile è il titolare del trattamento, al di sotto il quale operano soggetti autorizzati o designati al trattamento. L'attributo di "responsabile" è tuttavia impiegato con riferimento a soggetti diversi dal titolare che hanno anche ruoli e funzioni nell'ambito delle procedure *privacy* assolutamente diversi.

Insomma, il decisore pubblico si trova a dover impiegare concetti propri di un sistema settoriale fortemente tipizzato e continuamente rimodulati senza nemmeno un appropriato adeguamento del lemmario; deve addossarsi l'onere interpretativo di una normativa non adeguatamente aggiornata e definita a livello nazionale sia dal legislatore che dall'Autorità garante; deve creare un sistema di regole finalizzate ad evitare il rischio di trattamenti illeciti, ma rimane esposto alla potestà sanzionatoria di un soggetto terzo che potrà ritenere non adeguate le misure adottate e, per di più, sindacare le modalità e le stesse finalità perseguite per la cura dell'interesse pubblico nel caso concreto (*amplius v. infra, sub par. 6 e 7*).

5. Il patologico aggravamento del processo decisionale

5. 1.- Aggravamento e paralisi procedimentale.

La necessità di considerare l'interesse alla protezione dei dati personali nell'ambito dei procedimenti amministrativi potrebbe comunque rappresentare un caso come un altro in cui il legislatore ritiene doveroso "aggravare" il procedimento amministrativo, i tempi e le forme della sua conclusione e di assunzione della decisione amministrativa, al fine appunto di valutare e ponderare tale interesse prima di concludere il processo decisionale. Se così fosse, verrebbe da dire, *nulla quaestio*. Il discorso potrebbe anche concludersi qui.

Il rischio che si verifichi la "tempesta perfetta" di cui si è appena detto, con il conseguente effetto di paralisi dei processi decisionali, è tuttavia più che concreto. L'esperienza di tutti i giorni dimostra infatti che spesso e volentieri la prassi applicativa delle norme primarie rende la *privacy* uno strumento che, impiegato indiscriminatamente o fuori luogo, rischia di paralizzare o compromettere seriamente l'efficacia dell'azione e l'efficienza dell'organizzazione amministrativa. Il che deve indurre seriamente a riflettere sull'opportunità di seguire interpretazioni o prassi applicative estremamente rigide nella lettura dei dettami normativi, specie laddove finiscono con il consumare scelte valoriali francamente opinabili e con l'imporre costi sociali inaccettabili.

Qualche esempio concreto può tornare utile.

5.2.- I cd bonus Covid

Esemplare è il caso della sanzione comminata dal GPDP all'INPS per aver male esercitato, in violazione della normativa sulla protezione dei dati personali, la funzione di controllo e vigilanza sull'erogazione del cd bonus Covid [22].

Nel pieno dell'emergenza determinata dalla prima ondata della pandemia Covid19, nel marzo 2020, il dl.l. 18/2020 prevede la concessione di misure indennitarie per sostenere le categorie di lavoratori e professionisti colpite dalle misure del *lockdown*, erogabili a condizione che i destinatari non fossero già titolari di pensione o iscritti ad altra forma previdenziale obbligatoria o titolari di un rapporto di lavoro dipendente (cd *bonus covid*). In un primo tempo, al fine di non ritardare e consentire l'immediata erogazione del sostegno economico, l'INPS si limita unicamente a verificare l'esattezza di quanto dichiarato dai richiedenti tramite il riscontro con i dati presenti nella propria banca dati. Successivamente, diffusa dalla stampa la notizia che i bonus sarebbero stati indebitamente erogati anche a diversi parlamentari e amministratori locali, l'INPS ha avviato dei controlli di secondo livello al fine di verificare se il bonus Covid fosse stato effettivamente erogato anche in tali casi. Ricavando il codice fiscale dai dati aperti disponibili sui siti web delle Camere e degli enti locali e territoriali, l'INPS ha poi incrociato il dato così ottenuto con quello indicato dai richiedenti nelle domande, in modo da accertare se tra questi vi fossero effettivamente parlamentari o amministratori pubblici (le cui retribuzioni, è inutile sottolineare, non erano state certamente sospese nel periodo dell'emergenza Covid19). Orbene, a seguito di richieste istruttorie e dell'apertura del procedimento sanzionatorio da parte del GPDP (data e protocollo degli atti di avvio del procedimento dell'Autorità Garante sono inspiegabilmente omissati nel provvedimento sanzionatorio finale), il procedimento di verifica si arresta e non verrà più portato a termine dall'INPS, che verrà peraltro pesantemente sanzionato dall'Autorità Garante con una multa di 300.000 euro. A detta del Garante, sarebbero state compiute attività non indispensabili o non necessarie per lo svolgimento della funzione di vigilanza: il codice fiscale ricavato dalle

banche dati aperte non era quello ufficiale e si prestava al rischio di omocodie; l'incrocio dei dati era stato globale e andavano invece espunti i dati di coloro che erano stati già esclusi dal beneficio; al momento di apertura del procedimento di verifica non vi era ancora la certezza che il bonus non fosse dovuto^[23]; non erano stati preventivamente calcolati i rischi che il trattamento presentava per i diritti e le libertà degli interessati laddove era invece necessario svolgere una preliminare valutazione d'impatto sulla protezione dei dati. In sostanza, secondo l'Autorità Garante, la funzione ispettiva o di controllo finalizzata ad evitare che le pur sempre limitate risorse non venissero disperse a beneficio di chi non ne aveva diritto, nel pieno dell'emergenza pandemica avrebbe dovuto seguire tutt'altra procedura o forse non avrebbe dovuto nemmeno essere iniziata perché i codici fiscali usati non erano quelli ufficiali rilasciati dal Centro nazionale di elaborazione di dati per l'anagrafe tributaria dell'Agenzia delle Entrate. A detta del Garante, dunque, l'attività posta in essere non era dunque necessaria per la cura dell'interesse pubblico nello specifico del caso concreto e aveva fatto correre un rischio "elevato" al trattamento dei dati personali dei soggetti interessati. Merita sicuramente una chiosa anche il fatto che in realtà non è mai emerso un solo nominativo dei soggetti potenzialmente interessati e che lo stesso Garante dà atto della "impenetrabilità dei dati" trattati dall'INPS, ma nondimeno l'Istituto viene sanzionato perché l'attività di vigilanza posta in essere avrebbe avuto "impatto negativo in termini di immagine pubblica e riprovazione sociale sull'intera categoria composta da deputati e amministratori regionali e locali".

Il risultato finale è che in questo caso l'Ordinamento ha protetto l'interesse ad evitare il rischio puramente ipotetico che potessero essere resi noti i nominativi di chi aveva illegittimamente percepito sovvenzioni pubbliche, a scapito dell'interesse a che venga efficacemente esercitata la funzione di vigilanza e controllo sull'erogazione dei contributi necessari in un contesto emergenziale. Il risultato, anche ammesso che possa mai discendere da operazioni che possano ritenersi ermeneuticamente corrette, ci sembra in ogni caso inaccettabile sul piano etico e civile, prima ancora che propriamente giuridico, e impone l'apertura di una riflessione critica sulle possibili opzioni interpretative o, se del caso, sulle stesse scelte valoriali effettuate dal legislatore ove l'interpretazione data dal Garante dovesse ritenersi corretta.

Sempre in tema di erogazione di *bonus covid*, sotto forma di buoni spesa alimentari, può essere parimenti ricordato il caso della sanzione comminata al Comune di Palermo per non aver adottato adeguate misure tecniche e organizzative per attuare in modo efficace la protezione dati. Per coadiuvare i richiedenti a inserire nella piattaforma informativa "Centrale Unica Aiuti Alimentari" la dichiarazione necessaria all'erogazione dei sussidi previsti, il Comune si era avvalso del supporto di soggetti esterni (enti del terzo settore, sindacati, parrocchie - OPT) dislocati strategicamente a coprire l'intero territorio cittadino, fornendo un codice di accesso distinto per ogni OPT, ma senza fornire specifiche credenziali per i singoli operatori da autorizzare presso ciascun OPT per l'accesso alla piattaforma. In questo modo, ogni operatore che si avvicinava nella turnazione del servizio aveva la possibilità di accedere ai dati personali dei richiedenti pur non avendo mai ricevuto una specifica autorizzazione al trattamento dati. Il servizio viene cautelativamente sospeso dal Comune non appena ricevuta dal Garante la notifica della violazione. Per il fatto di aver utilizzato una piattaforma informatica priva delle necessarie misure tecniche e organizzative tali da assicurare un'adeguata tutela dei diritti e delle libertà degli interessati, verrà successivamente comminata una sanzione pecuniaria pari a 40.000 euro, pur prendendo atto della sussistenza della "necessità di provvedere con urgenza per fronteggiare il profondo disagio socioeconomico causato dalla pandemia da Covid 19 avendo il Comune dichiarato che nei mesi di marzo/aprile la chiusura improvvisa e assoluta di

tutte le attività aveva messo la popolazione nell'impossibilità di provvedere a se stessa (e che) la situazione rischiava di diventare insostenibile per ripetuti episodi in varie città italiane tra cui Palermo di attacchi ai supermercati ed istigazione alla rivolta per la fame che cominciava a serpeggiare tra la popolazione più colpita" (GPDP, ordinanza ingiunzione n. 140 del 15 aprile 2021).

5.3.- Il registro lobbisti e la pubblicazione delle sentenze

Altro terreno scivoloso è senz'altro quello della trasparenza amministrativa, nel quale il contrasto tra esigenze di conoscibilità e di riservatezza è praticamente frontale.

Al pari del principio di buon andamento e imparzialità^[24], anche quello di trasparenza non è un principio generale come un altro, ma è un principio caratterizzante l'attività di diritto amministrativo nel senso che vale a distinguersela da quella tipica dei soggetti di diritto privato. Il principio conferma i canoni fondamentali dell'attività in maniera differente da quelli propri dell'attività retta dal diritto privato, facendo gravare sulla pubblica amministrazione l'obbligo di rendere conoscibili tanto le ragioni per cui assume una determinata decisione (attraverso la motivazione), quanto la decisione stessa una volta presa (attraverso la pubblicità delle medesima). Si tratta di tutt'altra cosa rispetto agli obblighi di correttezza e buona fede che gravano sui soggetti privati nelle trattative, nella formazione e nell'esecuzione del contratto. In linea generale, questi sono obblighi di comportamento che impongono di agire in maniera seria e leale e di non nascondere informazioni che possono fuorviare la formazione della volontà contrattuale altrui^[25]. Altro è rendere conoscibile il processo di formazione della volontà propria e della generalità delle proprie determinazioni.

Sotto questo profilo, appaiono esemplari due vicende maturate con riferimento al problema del trattamento *sub specie* di pubblicazione degli atti per finalità di trasparenza amministrativa.

La prima è quella del registro dei lobbisti^[26]. Il Ministro dell'ambiente (oggi della transizione ecologica) pro tempore decida di adottare quello che viene gergalmente definito il registro dei lobbisti; ovvero di rendere pubblica l'agenda degli incontri dei dirigenti ministeriali con i portatori di interessi, al fine di promuovere un maggiore livello di trasparenza nei processi decisionali di competenza. La disposizione viene introdotta nel Codice di comportamento dei dipendenti del Ministero, approvato con apposito decreto ministeriale, prevedendo appunto che l'Agenda pubblica degli incontri con i portatori di interessi venga "*pubblicata sul sito web del Ministero, in una sezione dedicata di "Amministrazione trasparente" ed è aggiornata ogni due settimane, entro il termine della settimana successiva a quelle a cui si riferisce la dichiarazione, per i Capi Dipartimento e per i Direttori Generali, e con cadenza mensile, entro il 10 del mese successivo al periodo a cui si riferisce la dichiarazione, per i dirigenti di Divisione. 5. L'Agenda riporta le seguenti informazioni: a) luogo, data, ora e durata dell'incontro; b) soggetto che ha formulato la richiesta; c) oggetto dell'incontro; d) partecipanti all'incontro; e) documentazione consegnata ovvero trasmessa anche successivamente"*. Dunque, il Ministro pro tempore, così come il suo successore, così come già fatto dalla Camera dei deputati e dal Senato della repubblica, come previsto dalle diverse leggi o statuti regionali o come fatto di recente anche dalla Commissione e dal Parlamento europeo con l'Accordo interistituzionale siglato lo scorso mese di maggio, ritengono che risponda a finalità di pubblico interesse rendere pubblici gli incontri con i soggetti portatori d'interesse che vengono ricevuti in ragione dell'ufficio pubblico rivestito. Ritengono dunque la misura utile e necessaria per garantire un più elevato livello di trasparenza dei processi decisionali e ne

fanno oggetto di una norma che viene resa pubblica e inserita nel Codice di comportamento del personale approvato con decreto ministeriale.

Avviene però che il Garante apra un procedimento sanzionatorio anche in tal caso, contestando la liceità del trattamento e la violazione del principio di minimizzazione in quanto la diffusione dei dati non sarebbe necessaria per le finalità perseguite[27].

Ora, si potrà anche effettivamente dubitare che l'atto a contenuto normativo rappresentato dal decreto ministeriale che approva il Codice di comportamento possa rappresentare una valida base giuridica ai sensi dell'art 6 del GDPR, specie ove questa venga interpretata restrittivamente[28]. Rimane il fatto che è l'essenza stessa della normazione sulla trasparenza amministrativa a rimanere vulnerata in tal caso.

Se nel caso del registro lobbisti può anche mettersi in dubbio che vi sia una base legale del trattamento sotto forma di pubblicazione, nessun dubbio può invece sussistere al riguardo nel caso della pubblicazione delle decisioni giurisdizionali, che si propone come una seconda vicenda emblematica

L'art. 52, comma primo, del vigente Codice della privacy dispone chiaramente che l'indicazione delle generalità e dei dati identificativi dell'interessato riportati sulla sentenza o provvedimento può essere oscurata solo se espressamente richiesto dalla parte interessata e purché sussista un legittimo motivo, ovvero anche d'ufficio se necessario per tutelare diritti o dignità degli interessati: *“l'interessato può chiedere per motivi legittimi, con richiesta depositata nella cancelleria o segreteria dell'ufficio che procede prima che sia definito il relativo grado di giudizio, che sia apposta a cura della medesima cancelleria o segreteria, sull'originale della sentenza o del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, l'indicazione delle generalità e dei dati identificativi dell'interessato riportati sulla sentenza o provvedimento”*. Il comma 5 del medesimo articolo dispone poi che in ogni caso, a prescindere dalla suddetta annotazione, va omessa l'indicazione di *“generalità, altri dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali può desumersi anche indirettamente l'identità di minori, oppure delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone”* e relativamente alle persone offese da atti di violenza sessuale; e il successivo comma 7 chiarisce che *“fuori dei casi indicati dal presente articolo è ammessa la diffusione in ogni forma del contenuto anche integrale di sentenze e altri provvedimenti giurisdizionali”*. Nessun dubbio può quindi esservi sul fatto che il trattamento dati sotto forma di pubblicazione abbia una chiara base legale; sul fatto che la regola generale è che le decisioni vanno pubblicate senza oscurare i dati personali, sul fatto che l'oscuramento dei dati *“dai quali può desumersi anche indirettamente l'identità”* è possibile solo nell'ipotesi dei dati particolari o sensibili riguardanti l'identità di minori o rapporti di famiglia o di stato delle persone.

Nonostante il chiaro disposto della norma primaria di legge[29], si è tuttavia ampiamente diffusa nella prassi l'interpretazione volta a generalizzare per tutti i dati personali il regime che è invece previsto per i soli dati cd “sensibili”, con l'effetto di oscurare senza motivo non solo i dati identificativi delle persone, ma sempre più spesso gli stessi dati identificativi dei provvedimenti giurisdizionali e a volte persino dell'organo giudicante[30].

Questo oscuramento pregiudica e compromette in maniera arbitraria e del tutto ingiustificata l'interesse alla piena conoscenza delle decisioni giurisdizionali tanto degli operatori e degli studiosi del diritto, quanto della collettività di per sé considerata. Il fatto è di una gravità inaudita, se solo si considera che l'effetto di rendere non intellegibili tanto la decisione in

quanto tale, quanto il caso al quale essa si riferisce, elimina la possibilità di controllo democratico da parte della società civile su una delle forme fondamentali di esercizio della sovranità popolare[31].

Merita di essere segnalato al riguardo che questa distorta prassi interpretativa della normativa sulla protezione dei dati personali è stata di recente stigmatizzata dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, che ha pubblicato anche un vero e proprio appello per sollecitare l'adozione delle iniziative più opportune volte a far cessare quanto prima la sopra descritta prassi *contra legem* e a rimuoverne gli effetti, atteso il pregiudizio che tale prassi arreca alla piena conoscenza e conoscibilità del dato giudiziario con la sua sottrazione al controllo democratico della collettività e alla piena utilizzazione da parte di studiosi ed operatori del diritto[32].

Due vicende emblematiche dunque in cui l'interesse alla protezione dei dati personali compromette e vanifica la quintessenza del principio di trasparenza, sottraendo alla possibilità di controllo democratico o anche degli stessi operatori del settore la comprensibilità e conoscibilità della formazione delle decisioni pubbliche e dei contenuti delle medesime.

5.4.- Vaccinazioni e *green pass*.

E' notoria la periodica denuncia da parte degli operatori sanitari e degli amministratori del fatto che l'applicazione delle norme sulla privacy ha fortemente ostacolato l'efficienza dell'azione di contrasto dell'evento pandemico[33].

Ci si può limitare a ricordare sotto questo profilo i tratti salienti della vicenda dell'introduzione e dell'uso dei certificati verdi (cd *green pass*)[34].

Nelle more dell'adozione di una normativa europea volta a disciplinare l'uso del *green pass*, che interverrà solo nel mese di giugno 2021 con l'entrata in vigore del Regolamento UE 2021/953, il decreto legge 22 aprile 2021 n. 52 dispone misure urgenti per contenere e contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid 19 con riferimento agli spostamenti sul territorio nazionale, alle modalità di svolgimento degli spettacoli aperti al pubblico, eventi sportivi, fiere e congressi prevedendo l'introduzione dello strumento delle certificazioni verdi o *green pass*. Il 23 aprile 2021 il Garante adotta un provvedimento di avvertimento rivolto ai soggetti coinvolti nell'attuazione del decreto legge, nel quale afferma di ritenere che esso “*non rappresenta una valida base giuridica per l'introduzione e l'utilizzo dei certificati verdi*”. Tra le principali ragioni addotte, il fatto che il trattamento dei dati personali non appare proporzionato rispetto all'obiettivo di interesse pubblico perseguito perché non sono specificate le finalità per le quali possono essere utilizzate le certificazioni e il fatto che i dati riportati nella certificazione consentirebbero alle persone preposte ai controlli di conoscere se il possessore è un soggetto vaccinato, guarito o se ha fatto semplicemente un test negativo. I rilievi, si badi, non sono rivolti nei confronti di un atto amministrativo, ma verso un atto avente forza e valore di legge che nondimeno si ritiene non rappresenti una valida base giuridica per il trattamento perché questo è ritenuto sproporzionato rispetto all'interesse pubblico perseguito.

L'avvertimento è puntualmente ripetuto nei confronti dell'ordinanza n. 17 del 6 maggio 2021 adottata dal Presidente della Regione Campania in attuazione delle disposizioni del dl

52/2021 e delle *"Linee guida per la ripresa delle attività economiche e sociali"*, approvate 28 aprile 2021 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, che aveva esteso l'impiego della certificazione verde *"per assicurare l'accoglienza sicura e la promozione della fruizione in sicurezza dei diversi servizi - turistici, alberghieri, di wedding, trasporti, spettacoli, etc.— anche attraverso facilitazioni all'accesso dei servizi e/o deroghe alle misure di sicurezza più restrittive, relative al contingentamento delle presenze e al distanziamento interpersonale"*.

Stessa sorte, sempre per lo stesse motivazioni, tocca alla Provincia autonoma di Bolzano che, alla luce di quanto disposto dal decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, con ordinanze del 23 aprile 2021 e del 21 maggio 2021 aveva previsto l'introduzione della certificazione verde *"quale misura di sanità pubblica per il contenimento della diffusione del virus Sars CoV-2, al fine di garantire la ripresa graduale delle attività economiche e sociali e "in attesa di eventuali disposizioni emanate a livello centrale"* come misura necessaria per svolgere l'attività di ristorazione al chiuso; per l'accesso alle strutture ricettive; per le attività addestrative e corsi di formazione dei Vigili del fuoco, sia volontari che permanenti, di tutti i collaboratori e soci attivi componenti delle organizzazioni di volontariato facenti parte delle strutture operative della protezione civile provinciale; per l'accesso ai locali delle attività commerciali; in particolare le persone in grado di esibire una certificazione verde possono utilizzare mascherine chirurgiche in luogo delle mascherine FFP2; per l'accesso a spettacoli al chiuso in sale teatrali, sale da concerto, sale cinematografiche e in altri luoghi accessibili al pubblico; per l'accesso a fiere, convegni e congressi che si svolgono al chiuso; per l'accesso a esibizioni, spettacoli di cori e bande che si svolgono al chiuso; per l'accesso a musei al chiuso; per l'accesso a feste al chiuso conseguenti a cerimonie; per l'accesso a sale giochi, sale scommesse, sale bingo e casinò al chiuso; attività al chiuso di palestre, centri fitness e centri sportivi; per l'utilizzo di docce e spogliatoi siti in locali al chiuso; per l'attività dei centri benessere e dei centri termali (Cfr Provvedimento di limitazione definitiva in merito ai trattamenti previsti dalla Provincia autonoma di Bolzano in tema di certificazione verde per Covid 19, n. 244 del 18 giugno 2021).

Sempre sul presupposto che il decreto legge non costituisse una valida base giuridica per l'introduzione e l'utilizzo delle certificazioni verdi a livello nazionale, con provvedimento del n. 224 del 3 giugno 2021 l'Autorità Garante ritiene di dover intervenire *"urgentemente per tutelare i diritti e le libertà degli interessati?"*, inibendo l'utilizzo dell'App Mitiga Italia finalizzato ad attestare il possesso delle condizioni oggetto anche delle certificazioni verdi Covid-19 ai fini della partecipazione ad eventi sportivi e ad altre manifestazioni pubbliche, già impiegata in occasione dell'evento calcistico *"Finale Coppa Italia TIM Vision 2020/2021"* svoltosi il 19 maggio 2021 al fine di consentire l'accesso al Mapei Stadium di Reggio Emilia.

Anche il parere favorevole che viene successivamente reso sul DPCM di attuazione della piattaforma nazionale DCG per l'emissione, il rilascio e la verifica del Green Pass del 9 giugno 2021, viene reso *"a condizione che in sede di conversione in legge del d.l. n. 52/2021 ... siano specificamente definite le finalità del trattamento e sia introdotta una riserva di legge statale per l'utilizzo delle certificazioni per attestare l'avvenuta vaccinazione o guarigione da Covid-19, o l'esito negativo di un test antigenico o molecolare ..."*. Nelle motivazioni del parere, il Garante precisa che *"le certificazioni attestanti l'avvenuta vaccinazione o guarigione da Covid-19, o l'esito negativo di un test antigenico o molecolare non possano essere ritenute una condizione necessaria per consentire l'accesso a luoghi o servizi o per l'instaurazione o l'individuazione delle modalità di svolgimento di rapporti giuridici se non nei limiti in cui ciò è previsto da una norma di rango primario, nell'ambito dell'adozione delle misure di sanità pubblica necessarie per il contenimento del virus SARS-CoV-2"*; che come *"misura di sanità pubblica richiesta per*

accedere ad alcune tipologie di eventi/luoghi? può essere ritenuta proporzionata “solo qualora sia prevista la presenza di un numero di partecipanti superiore a una soglia determinata, da individuare anche in funzione della tipologia di attività svolta” e che non può operare “per quelle attività che comportano l’accesso a luoghi in cui si svolgono attività quotidiane (es. ristoranti, luoghi di lavoro, negozi, ecc.) o a quelli legati all’esercizio di diritti e libertà fondamentali (es. diritto di riunione, libertà di culto, ecc.)”.

In sede di conversione del dl 52/2021, con l’inserimento del comma 10 bis nell’art 9, il legislatore ha poi effettivamente ritenuto di circoscrivere l’uso delle certificazioni verdi “esclusivamente ai fini di cui agli articoli 2, comma 1, 2-bis, comma 1, 2-quater, 5, 8-bis, comma 2, e 9-bis del presente decreto, nonché all’articolo 1-bis del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n.76”, ma ciò non esime dall’osservare che, prima che il legislatore avesse consumato una tale opzione, viene ritenuto illecito il trattamento contemplato da un atto avente forza e valore di legge e da atti a contenuto normativo adottati sulla base del primo. Il giudice del bilanciamento, tra l’interesse alla protezione dei dati personali e l’interesse pubblico primario che il legislatore abbia ritenuto di tutelare in un dato momento, è la Corte costituzionale o il Garante per la protezione dei dati personali? [35].

In tema si può ricordare anche il Provvedimento di avvertimento n.273 del 22 luglio 2021, adottato dal Garante nei confronti del Presidente della Regione Siciliana e soggetti pubblici e privati coinvolti nelle misure previste con l’ordinanza n 75 del 7 luglio 2021.

Con tale ordinanza il Presidente della Regione Siciliana ha introdotto sul territorio regionale “Ulteriori misure per l’emergenza epidemiologica da Covid-19”, “al fine di conseguire celermente nel territorio della Regione Siciliana uno standard di vaccinazione non inferiore alla quota percentuale dell’80% per tutti i target anagrafici individuati a livello nazionale” e “tenuto conto del rischio di diffusione del virus nella variante comunemente nota come “Delta”. A tal fine l’ordinanza ha disposto una “ricognizione del personale non vaccinato operante nelle Pubbliche Amministrazioni e preposto ai servizi di pubblica utilità e ai servizi essenziali di cui alla legge n. 146 del 12 giugno 1990”, da effettuare con modalità che, si badi, non richiedono l’indicazione nominativa del personale. L’ordinanza prevede infatti che le aziende sanitarie debbano provvedere alla “ricognizione aggiornata del numero dei dipendenti che non si sono ancora sottoposti alla vaccinazione” mediante apposito interpello a tutti gli Enti pubblici operanti nel territorio della Regione Siciliana (comma 1); che all’esito di tale ricognizione “tutti coloro che nell’esercizio dei propri compiti d’ufficio si trovino ad instaurare contatti diretti con il pubblico vengono formalmente invitati, per il tramite dei datori di lavoro, a ricevere la vaccinazione” (comma 2); che in caso di indisponibilità o di rifiuto di sottoposizione a vaccinazione, il datore di lavoro pubblico provvede, nei modi e termini previsti dal CCNL di categoria, “ad individuare per l’interessato una differente assegnazione lavorativa, ove possibile, che non implichi il contatto diretto del lavoratore con l’utenza esterna” (comma 2). SI prevede altresì che analoga attività ricognitiva debba essere effettuata “con riferimento al personale preposto ai servizi di pubblica utilità e ai servizi essenziali di cui alla legge n. 146 del 12 giugno 1990, nonché agli autotrasportatori e al personale delle imprese che assicurano la continuità della filiera agro-alimentare e sanitaria e agli equipaggi dei mezzi di trasporto” (comma 1).

Secondo il Garante, l’ordinanza presidenziale di una regione o di una provincia autonoma (e analogamente anche una circolare interpretativa) non rappresenta una valida base giuridica, alla luce delle caratteristiche richieste dalla disciplina di protezione dei dati (qualità della fonte, contenuti necessari, rispetto del principio di proporzionalità) per introdurre limitazioni ai diritti e alle libertà individuali che implicino il trattamento di dati personali, in quanto disciplina profili che ricadono nelle materie assoggettate alla riserva di legge statale; e

L'ordinanza adottata nel caso di specie “*non individua in modo corretto le distinte finalità del trattamento perseguite, i titolari del trattamento legittimati a perseguirle, i diversi presupposti di liceità su cui debbono fondarsi i trattamenti, nonché le misure volte ad assicurare il rispetto dei principi di protezione dei dati con particolare riferimento a quello di liceità, correttezza e trasparenza e di protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita*”. Sempre secondo il Garante, anche la previsione di eventuali determinazioni consequenziali in ordine all'assegnazione del lavoratore ad altra mansione per effetto dell'accertata inidoneità “*siccome discendente dall'omessa effettuazione del vaccino*” (cfr. circolare p. 3; e ordinanza), non appare conforme al quadro normativo in materia di protezione dei dati, alla disciplina in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro nonché alle disposizioni introdotte nel periodo dell'emergenza epidemiologica in corso, comportando trattamenti in violazione degli artt. 5, 6, 9 del Regolamento e 2-ter e 2-sexies del Codice”.

Nelle more della chiusura delle presenti note, a poche settimane dalla riapertura delle scuole, analoga questione è aperta per la verifica del green pass da parte dei dirigenti scolastici per docenti, alunni e personale tecnico e amministrativo^[36].

6.- Il trattamento per finalità di pubblico interesse.

6.1.- Opzioni interpretative.

I casi sopra esaminati rendono evidente come si sia venuta a creare una situazione senza precedenti nel nostro ordinamento, che consente al Garante d'intervenire nei confronti di qualsiasi altra pubblica amministrazione consumando un sindacato che sconfinava chiaramente nel merito dell'azione amministrativa, mettendo in discussione la stessa necessità di una data azione per la finalità di cura del pubblico interesse. In una misura che di regola non è consentita né alla magistratura amministrativa, né a quella contabile, e che si spinge sino ad arrivare a sostituire il Giudice delle leggi nel giudizio sul bilanciamento tra interessi contrapposti che sia appunto operato da atti aventi forza e valore di legge.

Il tutto deriva in maniera sin troppo evidente da una lettura del GDPR che priva d'efficacia immediatamente precettiva la previsione recata dall'art. 6 lett. e), secondo la quale “*l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento*” è una delle possibili basi giuridiche che consentono di ritenere lecito il trattamento; che presume l'esistenza di un divieto generalizzato del trattamento di qualsiasi dato personale, laddove il divieto è invece espressamente sancito dall'art. 9 unicamente per i dati particolari o sensibili; che applica indiscriminatamente e allo stesso modo le regole della minimizzazione, declinate dall'art. 5, ai soggetti tanto privati, quanto pubblici, senza minimamente considerare che le finalità perseguite da una qualsivoglia azione amministrativa sono note *ab origine* (in quanto connaturate ai compiti istituzionalmente propri) e che pertanto, diversamente dai soggetti privati, non sussiste il problema di conoscere la finalità per la quale agisce il titolare.

L'apertura di una riflessione sulle possibili opzioni interpretative della normativa *privacy* concernente il trattamento per finalità di pubblico interesse appare pertanto doverosa per comprendere se un intervento così pervasivo, come s'è visto, sia effettivamente consentito o meno.

6.2.- L'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri come base giuridica di per sé valida per il trattamento dei dati comuni o ordinari.

Dalla lettura del GDPR emerge immediatamente come, nel caso il titolare del trattamento (cioè chi decide per quali “finalità” e con quali “mezzi” deve avvenire il trattamento) sia un'autorità pubblica, presupposti e modalità del trattamento si differenzino chiaramente da quelli che governano il trattamento operato da soggetti privati.

Il primo tratto saliente, come già sottolineato, riguarda proprio la possibile base giuridica del trattamento. Nel caso delle pubbliche amministrazioni, infatti, questa può esser data non solo dal consenso o dall'esistenza di un obbligo legale, ma anche dalla necessità del trattamento *“per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”* [37].

La previsione può essere interpretata come pura e semplice norma di rinvio ai casi e ai modi in cui una specifica disposizione di legge debba consentire e disciplinare il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse, oppure come di per sé sufficiente a fondare la base giuridica del trattamento dei dati comuni o ordinari da parte della pubblica amministrazione se e in quanto ciò si renda necessario per provvedere alla cura in concreto dell'interesse pubblico.

La prima è quella che, almeno per il momento, sembrerebbe essersi affermata nella prassi applicativa, ma almeno tre buone ragioni rendono preferibile la seconda ipotesi.

La prima ragione è che, nell'art. 6 del GDPR, l'ipotesi della esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri individua una base giuridica diversa sia dal consenso, che dall'obbligo legale. La differenza è chiara rispetto alla ipotesi del consenso, ma deve avere senso anche con riferimento all'ipotesi dell'obbligo legale. Se il trattamento è lecito per esistenza di un obbligo legale, ciò significa che c'è una norma di legge che lo prevede come necessario e consuma la valutazione sotto questo profilo [38], rimanendo indifferente la natura pubblica o privata del soggetto tenuto all'osservanza dell'obbligo. Se il trattamento per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o per l'esercizio di pubblici poteri è un requisito alternativo, ciò significa che la valutazione di necessità deve essere rimessa all'amministrazione procedente, alla quale la legge ha attribuito il potere di curare l'interesse pubblico in una data materia o per una determinata funzione. Diversamente interpretata, la disposizione non avrebbe senso, perché sarebbe interamente assorbita nell'ipotesi dell'obbligo legale. E d'altronde, se fosse stato questo l'effetto voluto, la norma sarebbe stata scritta molto più semplicemente limitandosi a prevedere che, oltre alle ipotesi di consenso dell'interessato, il trattamento può ritenersi lecito nei soli casi e modi previsti dalla legge; senza distinguere tra le due ipotesi dell'adempimento dell'obbligo legale e del perseguimento di finalità di cura del pubblico interesse.

La seconda buona ragione risiede nel fatto che il GDPR vieta esplicitamente, all'art. 9, soltanto il trattamento dei dati particolari o sensibili, che rivelino cioè *“l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, ... dati genetici, dati biometrici ... dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale”* [39]. Ciò significa che, in linea di principio, il trattamento dei dati comuni o ordinari non è di per sé vietato, ma deve ritenersi lecito se sussista una delle basi giuridiche indicate dal GDPR, tra le quali figura

a pieno titolo, oltre al consenso, anche l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri. In questo modo, si badi, si attribuisce anche un più preciso significato, sul piano logico e sistematico, proprio alla esplicita previsione del divieto soltanto per le categorie particolari. Il divieto di trattamento non è generale. Non c'è un generale divieto di trattamento dei dati personali, che verrebbe soltanto rinforzato nel caso dei dati sensibili o particolari. Al contrario, c'è una generale previsione di liceità alle condizioni previste dall'art 6 del GDPR, tra le quali figura a chiare lettere l'ipotesi della necessità per la cura del pubblico interesse.

La terza buona ragione, per ritenere lecito il trattamento dei dati comuni o ordinari da parte della pubblica amministrazione se e in quanto esso si renda necessario per provvedere alla cura in concreto dell'interesse pubblico, si risolve nel ricordare che finalità perseguita dal GDPR non è stata quella di vietare, ma di consentire la libera circolazione dei dati in ambito comunitario^[40].

L'interpretazione letterale e sistematica delle norme del GDPR non offre dunque valide ragioni per far ritenere superato quanto pacificamente ritenuto prima delle modifiche introdotte dal d lgs 101/2018 al Codice della *privacy*, in ordine alla possibilità di trattare dati personali comuni da parte di soggetti pubblici anche in mancanza di una norma di legge che lo preveda espressamente^[41]. Al contrario, si può correttamente ravvisare nello stesso art. 5 la base giuridica sufficiente per rientrare nel rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa e del "*fondamento legittimo previsto dalla legge*" richiesto per il trattamento dei dati personali dall'art 8 della Carta dei diritti fondamentali UE, nel senso di consentire alla pubblica amministrazione di trattare i dati semplici o ordinari, per i quali non c'è un esplicito divieto di trattamento, per finalità d'interesse pubblico; e di ricondurre in tal caso nell'ambito e nei limiti del principio di proporzionalità dell'attività amministrativa le previsioni recate dall'art. 6 per il trattamento dei dati ordinari o semplici.

6.3.- Le declinazioni del principio di minimizzazione.

Il *favor* manifestato dal legislatore nazionale^[42] con l'art 2 ter del Codice per una interpretazione restrittiva dell'ipotesi della lett e) dell'art 6 del GDPR conduce comunque a spostare e concentrare l'attenzione sull'applicazione del principio di minimizzazione nei confronti della pubblica amministrazione.

Le regole dettate dall'art. 5 del GDPR sono sicuramente congeniali al sistema allorquando presuppone il consenso dell'interessato quale base giuridica del trattamento oppure lo consente come eccezione al divieto di trattamento. Entrambe le circostanze impongono necessariamente al titolare di chiarire per quale specifica finalità vengono raccolti. Nel caso del consenso è evidente che esso non può essere validamente dato dall'interessato "in bianco", per qualsivoglia uso o finalità cui non si presti espressamente il consenso^[43], e, se non venisse espressamente specificata, questa non sarebbe del resto nemmeno nota. E le regole della minimizzazione impongono al titolare di usarne nei limiti di quanto strettamente necessario per la specifica finalità dichiarata perché questi, diversamente, non sarebbe tenuto a comportarsi in tal modo. Lo stesso è a dirsi se si tratta di superare l'esplicito divieto posto per il trattamento dei dati sensibili o particolari, ritenuto lecito solo alle più stringenti condizioni previste dal comma secondo dell'art 9.

Assolutizzare o applicare acriticamente o in maniera eccessivamente restrittiva le regole della minimizzazione non ha però senso se la finalità (pubblica) perseguita rappresenta già di per sé la base giuridica del trattamento, se l'azione del titolare nasce cioè già a monte come istituzionalizzata al perseguimento di quella determinata finalità d'interesse pubblico che gli è stata attribuita dal legislatore; e se il titolare è già di per sé istituzionalmente tenuto ad osservare il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa imperativa per il quale ogni trattamento, anche se lecito, implica un sacrificio del diritto che deve pertanto essere sempre contenuto nella misura minima possibile.

Richiedere di dettagliare la finalità specificamente perseguita e valutare se il trattamento è effettivamente necessario al fine dichiarato ha senso nei confronti di un soggetto privato, che altrimenti non ha alcun onere di rendere noti i motivi per i quali agisce e che non è tenuto all'osservanza di un principio di proporzionalità della propria azione; ma non ha senso se il soggetto titolare è una pubblica amministrazione che agisce istituzionalmente per finalità predeterminate dalla legge e nell'osservanza del principio di proporzionalità. Richiedere di dettagliare ulteriormente la finalità specificamente perseguita, quando il soggetto titolare è una pubblica amministrazione, ha unicamente l'effetto di duplicare l'operatività del principio di legalità nei suoi confronti con il conseguente intollerabile aggravamento procedimentale.

6.4.- Altre indicazioni del GDPR

Che il perseguimento della finalità di cura del pubblico interesse istituzionalmente attribuita ad una data pubblica amministrazione dal legislatore sia base giuridica di per sé sufficiente per il trattamento dei dati ordinari o comuni, senza che vi sia quindi necessità di una ulteriore previsione legislativa che autorizzi il trattamento del dato comune o ordinario specificandone in dettaglio finalità perseguita e necessità a tal fine, è del resto sottolineato anche da diverse altre previsioni del GDPR.

L'alternativa tra necessità per la cura del pubblico interesse e base legale tipica è chiaramente riproposta anche nel par. 3 dell'art. 6 per la determinazione della finalità del trattamento, laddove la determinazione ricavata dalla base giuridica del trattamento consistente in una norma di diritto dell'Unione o dello Stato membro si contrappone appunto al fatto che la finalità possa ricavarsi anche direttamente dalla stessa necessità per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento.

Si può inoltre ricordare quanto chiarito dai Considerando 41 e 45, i quali precisano, rispettivamente, che *“qualora il presente regolamento faccia riferimento a una base giuridica o a una misura legislativa, ciò non richiede necessariamente l'adozione di un atto legislativo da parte di un parlamento, fatte salve le prescrizioni dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro interessato”* (C. 41); e che *“Il presente regolamento non impone che vi sia un atto legislativo specifico per ogni singolo trattamento”* e che *“Un atto legislativo può essere sufficiente come base per più trattamenti effettuati conformemente a un obbligo giuridico cui è soggetto il titolare del trattamento o se è necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri”* (C. 45).

Soprattutto, non va dimenticato che, nel disciplinare un istituto assolutamente centrale nel sistema disegnato per la tutela del diritto al trattamento dei dati personali, qual è il diritto all'oblio, l'art 17 si preoccupa di precisare che il diritto dell'interessato di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali quando questi *“non sono più necessari rispetto*

alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati” non sussiste nei casi in cui il trattamento è necessario “*per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento*”. Previsione, quest’ultima, che conferma chiaramente come la valutazione di stretta necessità del trattamento rispetto al fine perseguito sfugga alla disponibilità dello stesso interessato se effettuata dalla pubblica amministrazione nell’esercizio di pubblici poteri o per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse e si sottrae pertanto ad una applicazione del principio di minimizzazione che non sia riconducibile allo schema logico del principio di proporzionalità.

7.- Osservazioni conclusive.

Le osservazioni conclusive della presente riflessione devono muovere innanzi tutto dalla considerazione di quanto messo in evidenza dai casi in precedenza esaminati. In alcuni di essi, il trattamento è stato qualificato illecito anche se fondato su una norma avente forza e valore di legge. In altri, il trattamento è stato qualificato illecito perché si è asserita la insussistenza dei presupposti per provvedere alla cura dell’interesse pubblico. La possibilità di qualificare illeciti i trattamenti in ipotesi siffatte va però sicuramente esclusa perché, come si è chiarito, il bilanciamento tra gli interessi va riservato *in primis* al legislatore e, una volta operato, può essere sindacato sotto il profilo della ragionevolezza unicamente dal Giudice delle leggi. E così la valutazione della necessità di provvedere alla cura dell’interesse pubblico spetta *in primis* alla pubblica amministrazione ed è insindacabile sotto il profilo della discrezionalità amministrativa. Tanto dall’autorità giurisdizionale, quanto, a maggior ragione, da altra autorità amministrativa cui non sia stato espressamente attribuito tale potere.

Sfruttando il varco aperto dalla scelta restrittiva operata dal legislatore nazionale con l’art. 2 ter del Codice della protezione dei dati personali, più o meno sottili o raffinate operazioni esegetiche possono però effettivamente consentire di prospettare, sempre nei casi esaminati, l’avvenuta violazione dei principi di minimizzazione, di esattezza, della *privacy by design* e *by default*, del mancato coinvolgimento del responsabile per la protezione dati e via dicendo. Ammesso e non concesso che tali interpretazioni siano effettivamente possibili, ovvero possano ritenersi corrette sul piano ermeneutico, e a maggior ragione nel caso dovessero esserlo^[44], bisognerebbe in tal caso aprire una riflessione sul risultato di queste operazioni esegetiche in termini valoriali.

I casi sopra esaminati dimostrano infatti che tali interpretazioni comportano innanzi tutto un sostanziale svuotamento del principio di trasparenza dell’azione amministrativa. L’interesse alla protezione dei dati personali non solo giustifica l’oscuramento dell’attività degli uffici pubblici, ma giunge sino al punto di nascondere e di rendere incomprensibili o non intelleggibili anche e proprio le decisioni che sono rese “in nome del Popolo italiano”, quali sono le pronunce giurisdizionali. Se l’evoluzione della *privacy* da “*right to let be alone*” a diritto al trattamento dei dati personali è servita a patrimonializzare il diritto di riservatezza per consentirne l’uso da parte dei *big data* e a riposizionare il nucleo duro della riservatezza solo laddove ve ne sarebbe minor ragione, e cioè nell’ambito pubblico, dove la regola è quella della trasparenza e della conoscibilità, il risultato sarebbe paradossale. Se l’attuazione del DPGR serve a rendere disponibile il diritto da parte di soggetti privati e imprese, che vengono autorizzati all’uso economico dei dati personali in base ad un consenso che risulta prestato secondo formule di rito standardizzate e non negoziabili, e a rendere per converso

indisponibile in ambito pubblico anche il trattamento dei dati comuni e ordinari, il risultato appare francamente inaccettabile.

Le esperienze maturate nel mezzo dell'emergenza pandemica, dal canto loro, mostrano che una incondizionata e acritica tutela del diritto alla protezione dei dati personali, finalizzata ad evitare che i dati personali corrano il rischio di essere trattati senza il debito consenso, in termini valoriali si contrappone e prevale sul rischio sicuramente più grave e certo corso dal diritto alla salute di ogni singolo individuo e della intera collettività, così come da altri diritti e libertà fondamentali dell'individuo.

Nel contesto di una situazione e di una legislazione emergenziali, l'interesse alla protezione dei dati personali ha arrestato o ritardato l'erogazione dei sussidi e i relativi controlli, così come l'adozione delle stesse misure di contrasto dell'evento pandemico. Specie sotto quest'ultimo profilo, si deve ricordare che la normazione emergenziale di contrasto dell'evento pandemico ha non solo messo a rischio, ma ha concretamente limitato, con effetti gravi, immediati e diretti, anche altri diritti e libertà fondamentali dell'individuo, di maggiore o certamente non minore dignità quali la libertà personale, di circolazione, di riunione, di culto, d'impresa, il diritto all'istruzione, al giusto processo, al lavoro. Il problema di validità della normazione emergenziale si è posto in termini generali, sotto il profilo costituzionale, nei confronti delle suddette libertà e diritti fondamentali, e non si è mai seriamente dubitato del fatto che un decreto legge potesse comprimere diritti e libertà fondamentali dell'individuo in un contesto emergenziale [45]. Se n'è anzi sovente auspicato l'impiego in luogo del ricorso alla forma del DPCM[46], nemmeno questa comunque di per sé censurata dalla Corte costituzionale allorché si è espressa sulla costituzionalità del sistema articolato sulla introduzione delle misure di contrasto all'epidemia da parte di decreti legge e sull'affidamento a successivi d.P.C.m. della graduazione di esse sul territorio nazionale [47]. In ogni caso, nell'ambito dell'Ordinamento giuridico, il problema si è posto sul piano più generale per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e non solo per la *privacy*[48].

Non è pertanto concepibile che, in un contesto emergenziale, il diritto alla protezione dei dati personali si muova in una dimensione a sé stante, sottratta alla possibilità che, al pari delle altre libertà e diritti fondamentali dell'individuo, possa essere limitato e condizionato dall'esigenza di protezione del pubblico interesse. Per contro, la sopra ricordata prassi interpretativa ha praticamente configurato il diritto alla protezione dei dati personali come un super diritto fondamentale, indisponibile da parte della pubblica amministrazione nemmeno nell'ambito di un contesto emergenziale.

L'esperienza maturata nel contesto pandemico appare pertanto significativa perché, al di là della "aggravante" del contesto emergenziale, ha reso esplicito che l'applicazione acritica e incondizionata dalla normativa *privacy* alla pubblica amministrazione entra in conflitto con l'area delle valutazioni discrezionali rimesse alla pubblica amministrazione per la cura dell'interesse pubblico nel concreto dei casi di specie. Il sindacato del Garante ha infatti finito con il riguardare quasi sempre la valutazione della necessità o meno di una data attività per la cura del pubblico interesse e quindi in ultima analisi l'opportunità stessa dell'azione amministrativa. Sindacare la strumentalità del trattamento dei dati personali rispetto alla finalità di cura del pubblico interesse significa infatti sindacare la necessità o meno di una determinata azione per la cura dell'interesse pubblico ed implica muoversi sul crinale del merito delle decisioni amministrative, il cui sindacato è di regola sottratto alla cognizione persino del giudice amministrativo.

La sensazione, ma è più che una sensazione, è che si stia imponendo una prassi che considera la *privacy* un interesse indisponibile da parte della pubblica amministrazione, di rilevanza talmente pervasiva da poter determinare o l'arresto del procedimento amministrativo nell'ambito del quale deve essere considerato o comunque un condizionamento tale da pregiudicare l'efficacia dell'azione amministrativa. L'intervento dell'Autorità garante viene ormai considerato alla stregua di un nulla osta generalmente richiesto nei procedimenti amministrativi. In maniera peraltro non surrogabile. In manifesta controtendenza rispetto alle misure di semplificazione volte a recuperare l'efficienza amministrativa che hanno reso disponibili, per le amministrazioni procedenti, interessi pubblici di ben altro spessore attraverso il continuo aggiustamento della disciplina della conferenza di servizi decisoria o la previsione di meccanismi comunque sostitutivi; così come rispetto alle misure espressamente volte a rimuovere la "paura della firma" del decisore pubblico attraverso la limitazione della responsabilità erariale, con l'esclusione della colpa grave, o della responsabilità penale, con la mitigazione dell'abuso d'ufficio^[49].

Una acritica applicazione del principio di minimizzazione all'operato delle pubbliche amministrazioni che richieda una specifica previsione di legge per ogni singolo trattamento, mezzi e finalità comprese, porta inevitabilmente a far sì che le valutazioni sulla stretta necessità del trattamento rispetto al fine perseguito vengano a confliggere con l'area delle valutazioni discrezionali riservate alla pubblica amministrazione ed espongono il decisore pubblico ad un potere sanzionatorio libero di esplicarsi senza che vi sia pena certa, previa e chiara. Come già detto, ciò finisce con il condizionare pesantemente l'esercizio della funzione amministrativa, disorientando il decisore pubblico e rialimentando quella paura della firma che troppo spesso determina il blocco dell'azione amministrativa, con gravissime conseguenze sull'efficacia della medesima.

Pare dunque doveroso quantomeno interrogarsi sulla correttezza delle interpretazioni comunemente seguite nell'applicazione della normativa *privacy* nei confronti della pubblica amministrazione e prendere in considerazione la possibilità che siano date anche altre opzioni interpretative, diverse da quella che impone l'assoluto e incondizionato rispetto del diritto da parte della pubblica amministrazione e che di fatto consente di irrogare sanzioni sindacando *ex post* il merito delle scelte amministrative. Allo stato questa possibilità sussiste e la strada passa innanzi tutto attraverso la valorizzazione della piena efficacia immediatamente precettiva della previsione recata dall'art. 6 lett. E) del GDPR, secondo la quale "*l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure ..l'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento*" rappresenta una valida base giuridica del trattamento dei dati personali (ordinari o comuni); e in secondo luogo attraverso una interpretazione necessariamente più elastica delle regole della minimizzazione indicate dall'art. 5 del GDPR, sicuramente congeniali al sistema se la base giuridica del trattamento è il consenso o se si muove da situazione di divieto, com'è per i dati particolari o sensibili, ma priva di senso se il titolare è già di per sé istituzionalmente tenuto ad agire unicamente per finalità di pubblico interesse e ad osservare il principio di proporzionalità nella propria azione. Diversamente, l'Autorità Garante sarà destinata inevitabilmente ad intervenire in tutti i procedimenti amministrativi come un'amministrazione generale di secondo livello, aggravando i processi decisionali pubblici in manifesta controtendenza con le misure di semplificazione e di accelerazione che si cerca di introdurre quanto più possibile nel nostro ordinamento per recuperare efficienza e efficacia dell'azione amministrativa.

[1] Per la nozione originaria e la sua evoluzione i riferimenti ormai classici sono **S. Warren , L. Brandeis**, *The right to privacy*, in *Harvard law review*, 4, 1890, 215 e **S. Rodotà**, *Riservatezza*, in *Enciclopedia Italiana Treccani - VII Appendice*, 2007. Per un quadro generale di sintesi dell'evoluzione per tutti v. **G. Alpa**, *Principi e disposizioni generali. Art. 1. Oggetto*, in **R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 996 ss.

[2] Da ultimo v. **O. Pollicino, M. Bassini**, *Art. 8 Protezione dei dati personali*, in **R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 38 ss. *Ex multis* v. anche **G. Carullo**, *Trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e natura del rapporto giuridico con l'interessato*, in *Riv it dir pubbl com.*, 2020, 141; cfr. anche **G. Resta**, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv crit dir priv.*, 2, 2000, 329; **G.P. Cirillo**, *Trattamento pubblico dei dati personale responsabilità civile della P.A.*, in *Foro Amm.*, 1999, 11; **F. Midiri**, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, Napoli, 2017, 126 ss.

[3] *Ex multis* in tema v. **C. Colapietro**, *I principi ispiratori del regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi*, 22/2018; **F. Pizzetti**, *GDPR, Codice novellato e Garante all'epoca dei Big Data e dell'Intelligenza artificiale*, in **F. Pizzetti** (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021, 256 ss; **G. D'Acquisto, F. Pizzetti**, *Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali*, in *Il diritto commerciale*, 1, Bologna, 2019; **Zorzi - Galgano** (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Bologna, 2019; **M. Maglio**, *Il valore economico dei dati personali: spunti per un'analisi economica della data protection*, in **M. Magli, M. Polini, N. Tilli** (a cura di) *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il regolamento UE 2016/679*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 79 ss.

[4] **A. Romano**, "L'ordinamento giuridico" di **Santi Romano**, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2/2011; **D. Sorace**, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2018, 30 ss.

[5] Tra i contributi più recenti per tutti v. **A. Massera**, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in **M.A. Sandulli** (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2° ed. Milano, 2017, 112 ss nonché **D.U. Galetta**, *Le fonti europee (Diritto UE e CEDU)* e **M. R. Spasiano**, *Il principio di buon andamento*, entrambi in **M. A. Sandulli** (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 3° ed., Milano, 2020, 9 ss e 63 ss.

[6] **A.M. Sandulli**, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (rist. 1959), 85 ss; **M.S. Giannini**, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, II, 813 ss.

[7] Per tutti v. **A. Police**, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in **M.A. Sandulli** (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 275 ss ed ivi ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

[8] Cfr. **F. Manganaro**, *Il principio di non aggravamento del procedimento amministrativo*, in **M.A. Sandulli** (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 261 ss ed ivi ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

[9] Per tutti v. **F. Aperio Bella**, *L'istruttoria procedimentale*, in **M.A. Sandulli** (a cura di), *Principi e regole*, cit., 351 ss.

[10] Gli ultimi riferimenti sono offerti al momento dal d lgs 76/2020 e 77/2021 sulle cui norme, per la parte d'interesse ai fini del presente discorso, per tutti v. **M.A. Sandulli**, *Basta norme - trappola sui rapporti tra privati e PA o il Recovery è inutile*, in *Giustiziansieme.it*, 10 maggio 2021 e **A. Bartolini**, *Il termine del procedimento amministrativo tra clamori di novità ed intenti di pietrificazone*, in *Giustiziansieme.it*, 26 luglio 2021.

[11] Cfr. **E. Cannada Bartoli**, *La tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 138: "affinchè il privato non possa far questione di diritti civili o politici occorre che siffatta attività amministrativa si a legittima. Se invece tale attività è illegittima, la prestazione imposta appare non più come sacrificio (concetto puramente economico), ma come una lesione del diritto del cittadino",

[12] Il tema della sacrificabilità dei diritti fondamentali si è peraltro riaccessso proprio sull'onda dell'evento pandemico, a partire dal dialogo tra **J. Habermas e K. Gunter**, *Diritti fondamentali: Nessun diritto fondamentale vale senza limitospitato* dal settimanale *Die Zeit* e ripubblicato in Italia da *Giustiziansieme*, 30 maggio 2020. La Rivista ha successivamente aperto un dialogo a distanza della dottrina italiana con gli Autori, ospitando una serie di interviste sul tema tra i quali si segnalano, per la parte pubblicistica, *Il dialogo Habermas- Gunter riletto dalla cultura giuridica italiana, parte prima. I giuspubblicisti. Intervista di R. Conti a G. Silvestri*, in *Giustiziansieme*, 15 maggio 2020 e *Il dialogo Habermas- Gunter riletto dalla cultura giuridica italiana, parte seconda. I giuspubblicisti. Intervista di F. Francario a D. Sorace, F.G. Scoca e G. Montedoro*, in *Giustiziansieme*, 26 giugno 2020. In giurisprudenza, sul tema della possibilità di limitazione anche dei diritti fondamentali, tra le più recenti pronunce, v. Cons Stato, Sez. Terza, 21 10 2020 n. 6371, resa con riferimento al diritto (alla salute) a ricevere cure sanitarie all'estero.

[13] Sul tema si vedano gli atti del recente convegno tenuto dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo, *La transizione digitale nella pubblica amministrazione, webinar* del 28 maggio 2021, in www.aipda.it. Tra i più recenti contributi sul tema v. **S. D'Ancona**, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2018, 3/4, 588 ss; **G. Carullo**, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, 42 ss; **D.U. Galetta**, **H. C.H. Hofmann**, **J.P. Schneider**, *Information exchange in the european administrative union: an introduction*, in *European public law*, 2014/1, 65 ss; **R. Cavallo Perin**, **D. U. Galetta** (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione digitale*, Torino, 2020.

[14] In generale, sul registro del trattamento per tutti v. **F. Modafferri**, *Il regime particolare dei trattamenti effettuati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in **F. Pizzetti** (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021, 381 ss. Merita segnalazione il fatto che, allo stato, non si rinviene lo schema di un modello tipo generalizzato di registro adottabile dalle pubbliche amministrazioni, ragion per cui i contenuti vanno ricavati integrando l'elencazione recata dall'art 30 GDPR con le ulteriori indicazioni recate dalle FAQ redatte dall'Autorità Garante. Allo stato, l'Autorità Garante si è però limitata ad adottare soltanto un modello di registro semplificato per PMI, assolutamente inadeguato ad assicurare a parametro di riferimento per amministrazioni pubbliche complesse. I termini di riferimento utili per valutare la completezza delle informazioni registrate si rimangono pertanto quelli recati dall'art 30 del GDPR e nelle citate FAQ del Garante. Merita altresì di essere segnalato che la riorganizzazione in chiave *privacy* della pubblica amministrazione, in caso di acritica applicazione della normativa *data protection*, pone un delicatissimo problema, finora sicuramente sottostimato, con riferimento alla figura del responsabile della protezione dei dati personali. Contemplata e disciplinata dagli articoli 38 e seguenti del GDPR, la figura è concepita come un organo di consulenza che deve essere "tempestivamente e adeguatamente coinvolto in tutte le questioni riguardanti la protezione dei dati personali", con penetranti poteri di sorveglianza sull'applicazione del Regolamento e sulla validità delle misure organizzative e procedurali concretamente adottate (per tutti v. **M. Bassini**, *Art. 38 Posizione del responsabile della protezione dati, Art. 39. Compiti del responsabile della protezione dei dati*, in **R. D'Orazio**, **G. Finocchiaro**, **O. Pollicino**, **G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 573 ss e 579 ss; **Avitabile**, *Il responsabile della protezione dati*, in **G. Finocchiaro**, (diretto da), *La protezione dei dati personali in Italia*, Bologna, 2019, 355 ss). Per interpretazione consolidata, deve essere impersonata da un soggetto diverso ed esterno all'organizzazione del titolare, ma una così penetrante ingerenza di un soggetto privato nell'organizzazione dei pubblici uffici induce a dubitare del rispetto del principio di legalità imposto dall'art. 98 Cost. o comunque dell'opportunità di consentire a un soggetto privato l'invasione dell'area della discrezionalità organizzativa della pubblica amministrazione.

[15] Sulla disciplina dettata con specifico riferimento ai soggetti pubblici dal Codice della privacy come risultante dal d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196, prima delle modifiche introdotte dal d. lgs. 10 agosto 2018 n. 101 in attuazione del Regolamento 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE (GDPR), v. in ptcl. **F. Cardarelli**, *Il trattamento dei dati personali in ambito pubblico: i soggetti ed i rapporti tra le fonti*, in **F. Cardarelli**, **S. Sica**, **V. Zeno – Zencovich** (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, 203 ss; **E. Fonte**, *Regole ulteriori per i soggetti pubblici*, in **G. P. Cirillo**, (a cura di), *Il codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2004, 87 ss.

[16] Sul tema in generale sia consentito rinviare a **F. Francario**, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi*, maggio 2019. Tra i contributi più recenti v. anche **M. Sinisi**, *I diritti di accesso e la discrezionalità amministrativa*, Bari, 2020; **I. Piazza**, *Strumentalità dell'accesso difensivo e sindacato giurisdizionale*, in *Giustiziainsieme*, 4 febbraio 2021 e **M. Riccardo Calderaro**, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale*, in *Giustiziainsieme*, 25 novembre 2020.

[17] *Ex multis* v. **G. Malgieri**, *Art. 5. Principi applicabili al trattamento di dati personali*, in **R. D'Orazio**, **G. Finocchiaro**, **O. Pollicino**, **G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 177 ss; **G. Finocchiaro**, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 4 ss.

[18] Il riferimento è alla sentenza della Corte EDU Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel. c. Paesi Bassi, seguita dalle altrettanto note sentenze 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania, 27 settembre 2011, Menarini Diagnostic c. Italia, e 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia. In dottrina sul tema v. **F. Goisis**, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino 2018, 7 ss; **A. Travi**, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di «sanzione»*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.; **M.A. Sandulli**, *Sanzioni non pecuniarie della p.a.*, in *Libro dell'anno del diritto - Enc. Treccani*, 2015; **M. Lipari**, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017)*, in *Federalismi*, aprile 2018; **P. Lazzara**, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 767 ss.; **S. Cimini**, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017, 383 ss.; **A. Porporato**, *Le sanzioni interdittive*, in **A. Cagnazzo**, **S. Toschei**, **F. Tuccari** (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, 508 ss.; **M. Allena**, *Sanzioni amministrative e garanzie fondamentali: la prima parola alla Consulta*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 368 ss. Di recente sul tema v. anche Corte cost. 14 maggio 2021 n. 98 annotata da **M. A. Sandulli** *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa" in malam partem*, in *Giustiziainsieme*, 31 maggio 2021 e da **A. Venegoni**, *La Corte Costituzionale ritorna sul tema della "materia penale": verso uno statuto della disciplina delle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali?* in *Giustiziainsieme*, 23 luglio 2021.

[19] Sulla difficoltà di lettura derivante dal complesso e contraddittorio processo di adeguamento al GDPR per tutti v. **F. Pizzetti**, *Il procedimento italiano di adeguamento al GDPR e la struttura del Codice novellato*, in **F. Pizzetti**, *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021, 49 ss.

[20] Per una efficace rappresentazione v. **A. Ciccina Messina**, *Guida al codice della privacy. Come cambia dopo il GDPR e il d lgs n.101/2018*, Vicenza, 2018, 3 ss.

[21] Anche **G. Finocchiaro**, *Art 1. Oggetto e finalità*, in **R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 125 osserva che si è di fronte ad “*un quadro composito costituito da molteplici livelli normativi e paranormativi, di hard law e soft law ... un sistema quindi in costruzione, un sistema ad alta complessità, un sistema in cui la stessa parola base, privacy, può assumere molteplici significati?*”.

[22] Il provvedimento sanzionatorio n 87 del 25 febbraio 2021 è pubblicato in *Giustiziainsieme*, 13 luglio 2021 con nota di **D. Bottega**, *Illegittima erogazione dei bonus Covid e protezione dati personali. Il sindacato del Garante sulle modalità di organizzazione della verifica della spettanza*.

[23] Sotto questo profilo la valutazione di illiceità del trattamento viene fatta derivare dalla considerazione che “*i trattamenti di dati personali necessari nell'ambito dei predetti controlli si sarebbero dovuti effettuare solo dopo aver superato le manifestate incertezze interpretative e avere quindi predeterminato, in astratto, la spettanza del bonus (non procedendo quindi all'incrocio dei dati prima di aver determinato se spettava l'indennità). Il provvedimento precisa al riguardo che “i trattamenti di dati personali per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri devono avvenire sulla base di un quadro normativo il più possibile chiaro e preciso la cui applicazione possa essere prevedibile per gli interessati (cfr. cons. 41 del Regolamento)”*”.

[24] La precisazione che “*i principi di pubblicità e trasparenza (vanno) riferiti non solo, quale corollario del principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento dell'amministrazione (sentenze n. 177 e n. 69 del 2018, n. 212 del 2017)”* è esplicitata anche in Corte cost. 23 01 2019 n. 20. Sul principio per tutti v. **A.G. Orofino**, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, 2020 ed ivi ulteriori riferimenti alla vasta letteratura e giurisprudenza in materia.

[25] Ex multis v. **G. Roppo**, *Il contratto*, in **G. Iudica, P. Zatti** (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 175 ss; **C.M. Bianca**, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv dir civ.*, 1983, 206 ss; **G. Grisi**, *Gli oneri e gli obblighi d'informazione*, in **G.Alpa, A.Bessone** (a cura di), *I contratti in generale, Giur sit Bigliani*, Torino, 1991, 573 ss.

[26] Sul tema generale del *lobbying* in rapporto alla formazione dei processi decisionali pubblici sia consentito rinviare a **F. Francario**, “*Interessi economici privati, trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa. Osservazioni a margine della disciplina normativa del lobbying*”, in *Scritti in onore di Fabio Roversi Monaco, Diritto amministrativo e società civile. Volume I - Studi introduttivi*, Bologna, 2018, 267 ss.

[27] L'atto in data 20 04 2021 di Richiesta d'informazioni ai sensi dell'art. 157 del d lgs n 196 del 30 6 2003 precisa al riguardo che la violazione dell'obbligo di minimizzazione si rivelerebbe “*anche considerando che gli stessi risultano riferiti indifferentemente a tutte le strutture politiche e amministrative del Ministero e a tutti i soggetti che effettuano incontri e riunioni lavorative, senza peraltro prevedere proporzionati tempi di cancellazione dei dati?*”. Sembra ritenere inoltre censurabile il fatto che “*anche una semplice riunione di lavoro o una videoconferenza fra diverse amministrazioni diviene oggetto di un obbligo di pubblicazione online, con i nominativi di tutti i partecipanti, data, ora, sede, oggetto ecc?*”.

[28] Si ricorda comunque che al riguardo il GDPR rinvia al legislatore nazionale e la compiuta declinazione degli obblighi di pubblicità in termini di regole generali dell'azione amministrativa è operata nel nostro ordinamento dal d lgs 14 marzo 2013 n. 33 (*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*) come successivamente modificato e integrato dal d lgs 25 maggio 2016 n. 97 (*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*). Dopo aver precisato che la trasparenza va intesa “*come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*” (art 1) e che “*per pubblicazione si intende la pubblicazione ... nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni*” (art 2), le disposizioni sulla trasparenza non limitano la possibilità di pubblicazione ai soli casi in cui questa è espressamente prevista come obbligatoria da una specifica disposizione di legge. Prevedono infatti che l'accesso civico (e quindi anche la conseguente possibilità di pubblicazione) possa riguardare anche “*dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'art. 5 bis*” (art 5); e l'art 5 bis esclude l'accesso civico se ciò è “*necessario per evitare un pregiudizio concreto all'interesse pubblico ... alla protezione dei dati personali?*”.

[29] Dovrebbe essere inutile ricordare che la valutazione dell'opportunità del bilanciamento che sia stata operata dal legislatore è rimessa, sotto il profilo della ragionevolezza, al giudice delle leggi. V. infatti la nota sentenza Corte cost. 23 01 2019 n. 20, resa con specifico riferimento all'obbligo generalizzato di pubblicazione dei dati personali indistintamente a tutti i titolari di incarichi dirigenziali a qualsiasi titolo conferiti, con la quale la Corte ha ritenuto che la previsione fosse sproporzionata rispetto alla finalità principale perseguita e l'ha dichiarata incostituzionale. Nel ribadire che il legislatore nazionale è comunque tenuto "a rispettare i criteri di necessità, proporzionalità, finalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali pur al cospetto dell'esigenza di garantire fino al punto tollerabile la pubblicità dei dati in possesso dell'amministrazione", la sentenza ha confermato che una tale scelta si consuma appunto a livello legislativo e che la individuazione della "soluzione più idonea a bilanciare i diritti antagonisti rientra ... nella ampia discrezionalità del legislatore". Tra i più recenti commenti della sentenza si veda **A. Corrado**, *Gli obblighi di trasparenza dei dirigenti amministrativi: il lento e "incerto" incedere del legislatore*, in *Federalismi.it*, 11 agosto 2021. Sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore v. anche Corte EDU 12 gennaio 2021 (L.B. contro Ungheria), che ha ritenuto che la pubblicazione su internet di una lista di grandi evasori fiscali da parte dell'amministrazione finanziaria ungherese non violi l'art. 8 della Convenzione in materia di protezione della riservatezza, annotata (criticamente) da **G. Chiarizia**, *La pubblicazione della lista di evasori (caso L.B. c. Ungheria): il fine giustifica sempre i mezzi?*, in *Giustiziainsieme*, 3 maggio 2021 .

[30] Sul tema v. **E. Concilio**, *Atti giudiziari e tutela dei dati personali*, in *Giustiziainsieme*, 29 marzo 2021; **F. Francario**, *Una giusta revocazione oscurata dalla privacy. A proposito dei rapporti tra giudizio penale e amministrativo*, in *Giustiziainsieme*, 20 ottobre 2020.

[31] Giusto per avere un'idea concreta della dimensione del fenomeno, può essere utile riportare il preambolo e la descrizione del fatto come operati da una sentenza recentemente resa, tra le tante che possono essere segnalate in cui si esprime questa sempre più diffusa prassi interpretativa: "Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) ha pronunciato la presente SENTENZA sul ricorso numero di registro generale 7316 del 2020, proposto da **-OMISSIS-**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti **Avilio Presutti**, **Marco Laudani**, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio **Avilio Presutti** in Roma, piazza San Salvatore in Lauro 10; contro **-OMISSIS-**, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti **Giuseppe Lo Pinto**, **Fabio Cintioli**, **David Astorre**, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio **Fabio Cintioli** in Roma, via Vittoria Colonna, 32; nei confronti **-OMISSIS-** in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti **Giorgio Fraccastoro**, **Alice Volino**, **Alessio Maria Tropiano**, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio **Giorgio Fraccastoro** in Roma, via Piemonte, 39; per l'annullamento

*-Per quanto riguarda il ricorso introduttivo: del provvedimento di **-OMISSIS-** di aggiudicazione del **-OMISSIS-** della procedura aperta indetta da **-OMISSIS-** ai sensi dell'art. 60, D.Lgs. 50/2016, articolata in sette lotti, per l'affidamento del "Servizio di sicurezza integrata per Centro di Produzione TV, Uffici di Roma, insediamenti produttivi della Radio, Sedi regionali" – Gara n. **-OMISSIS-** – **-OMISSIS-**; della comunicazione **-OMISSIS-**, di aggiudicazione ex art. 76, comma 5, lett. a), D.Lgs. 50/2016 prot. **-OMISSIS-** in relazione al **-OMISSIS-** (Gara n. **-OMISSIS-**); della graduatoria di gara riferita al lotto 3; di tutti gli atti della stazione appaltante nella parte in cui non dispongono l'esclusione dalla gara in questione del rti **-OMISSIS-** (mandanti); del verbale di gara di cui alla terza seduta pubblica del **-OMISSIS-**; del verbale della seduta riservata del **-OMISSIS-**; di tutti gli atti di gara, ivi compresi la determina di indizione, il bando, il disciplinare, il capitolato tecnico, i chiarimenti, i verbali di gara; di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente nonché per il risarcimento del danno in forma specifica, con domanda di subentro nel contratto di appalto stipulato;*

sull'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a.

*per l'ostensione di tutti gli atti adottati in ordine all'affidabilità professionale del RTI controinteressato **-OMISSIS-** ed alla permanenza dei requisiti di partecipazione in capo al medesimo,*

*depositata in data **-OMISSIS-** nell'ambito del giudizio per l'annullamento:*

*-Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da **-OMISSIS-**\10\2020 :*

*per l'annullamento dei verbali di gara delle sedute pubbliche e riservate, con particolare riferimento ai verbali di gara del **-OMISSIS-** nella parte in cui la Commissione di gara ha ritenuto di ammettere **-OMISSIS-** S.r.l. alle successive fasi della procedura, e dopo aver completato la valutazione, di approvare la documentazione tecnico-economica da quest'ultima trasmessa;*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

*Visti gli atti di costituzione in giudizio di **-OMISSIS-** e di **-OMISSIS-**;*

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2021 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La RAI indicava una procedura aperta ai sensi dell'art. 60, D.lgs. 50/2016, articolata in sette lotti senza vincolo di aggiudicazione, per l'affidamento del "Servizio di sicurezza integrata per Centro di Produzione TV, Uffici di Roma, insediamenti produttivi della Radio, Sedi regionali".

Il -OMISSIS- veniva aggiudicato al RTI controinteressato e la ricorrente chiedeva ed otteneva di accedere agli atti di gara.

Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione dell'art. 80 D.lgs. 50/2016 in quanto il presidente del collegio sindacale della mandataria del RTI aggiudicatario è stato rinvio a giudizio in relazione ad un'indagine che ha riguardato la corruzione di un giudice fallimentare del Tribunale di -OMISSIS-.

Inoltre la mandante -OMISSIS- è stata destinataria di un provvedimento di risoluzione di un contratto di pubblico appalto del -OMISSIS- da parte del Politecnico di -OMISSIS- per inadempimento, con contestuale segnalazione all'ANAC.

Da ciò doveva scaturire l'esclusione dalla gara alla luce della sentenza -OMISSIS- dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato anche perché il RTI ha sottoscritto un patto di integrità con la stazione appaltante il quale prevede proprio l'esclusione dell'operatore che violi i doveri di leale cooperazione con l'amministrazione.

Comunque la gravità dei fatti sopra descritte esclude in radice l'affidabilità del RTI controinteressato, anche laddove si ritenga che l'omissione dichiarativa non comporti l'automatizzazione dell'espulsione.

Il secondo motivo lamenta la manifesta illogicità della valutazione di affidabilità fatta dalla Stazione Appaltante laddove fosse stata informata delle due vicende indicate nel primo motivo.

Il terzo motivo attiene alla violazione dell'art. 80, comma 5, lett. b) ed f-bis), D.lgs. 50/2016.

La mandataria ha partecipato alla gara spendendo anche i requisiti dei rami di azienda di -OMISSIS-, entrambe fallite rispettivamente in data -OMISSIS- cioè all'interno del triennio antecedente l'indizione gara in relazione al quale è richiesto il possesso dei requisiti tecnici e di capacità economico e finanziaria.

Il quarto motivo contesta l'illegittimità della gara dal momento che l'appalto è stato suddiviso in sette lotti, ma manca nella disciplina di gara il cd. vincolo di aggiudicazione, ossia la clausola che, in presenza di più lotti, assicura a tutti la possibilità di parteciparvi ma limita il numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati ad uno stesso soggetto.

Il quinto motivo, in subordine rispetto al precedente, censura la facoltà per la controinteressata di partecipare a distinti lotti con una diversa composizione del RTI in violazione dell'art. 48, comma 7, D.lgs. 50/2016.

Si costituivano in giudizio RAI e la mandataria del RTI aggiudicatario che concludevano per il rigetto del ricorso.

Il Presidente del Collegio con decreto del -OMISSIS- accoglieva la domanda cautelare monocratica allo scopo di mantenere la res ad hoc integra, ma alla camera di consiglio del 7.10.2020 veniva respinta l'istanza cautelare.

La controinteressata presentava ricorso incidentale fondato su due motivi.

Il primo segnala che una delle mandanti che avrebbe dovuto eseguire i "servizi di sorveglianza e prevenzione incendio" e una parte di "servizi di reception" risultava alla Camera di Commercio avere la sede legale inattiva con conseguente violazione degli articoli 7.3 e 7.4 del disciplinare di gara, posto che l'impossibilità oggettiva per la mandante -OMISSIS- di dimostrare il possesso dei requisiti spesi in gara, nonché di eseguire almeno il 30% dei servizi di reception e tutte le prestazioni di sorveglianza/prevenzione antincendio si pone in evidente contrasto con lo stato di inattività. Su tale circostanza vi era poi un'omissione informativa alla Stazione Appaltante.

Il secondo motivo riguarda la qualità dei metal detector portatili palmari per il rilevamento di armi e masse metalliche magnetiche; il soccorso istruttorio non è ammissibile per sanare irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica ed economica, il -OMISSIS- non avrebbe potuto/dovuto essere messo nelle condizioni di rendere chiarimenti in merito al "range di operatività" e al "grado di protezione" del metal detector offerto in gara e, dal canto suo, la Stazione appaltante non avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio in relazione ad elementi inerenti l'offerta tecnica del concorrente o, comunque, avrebbe dovuto escludere il concorrente dopo aver rilevato l'inidoneità della documentazione prodotta all'esito del soccorso istruttorio.

Alla camera di consiglio del 13.1.2021 veniva dichiarata inammissibile un'istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a. volta all'ostensione dei provvedimenti e la documentazione relativa all'istruttoria svolta dalla stazione appaltante per accertare l'affidabilità professionale del RTI controinteressato -OMISSIS-, in quanto la ricorrente non aveva presentato alcuna previa istanza di accesso agli atti in questione”.

[32] L'appello è pubblicato sul sito dell'Associazione www.aipda.it.

[33] *Ex multis v. La Stampa*, sabato 3 luglio 2021, *Oltre 6,5 milioni di anziani a rischio. i medici: mani legate dalla privacy*.

[34] Le vicende sono (criticamente) riassunte da **G. Scarselli**, *Note sul decreto legge 105/2021 che estende il green pass a attività e servizi della vita quotidiana*, in *Giustiziainsieme*, 30 luglio 2021.

[35] La domanda è chiaramente retorica. Ove mai dovesse esserci qualche dubbio, soccorre la già ricordata pronuncia Corte cost. n. 20 del 2019. Analogamente si potrebbe osservare che anche il giudizio di conformità alla disciplina comunitaria sul *green pass* dettata con il Reg. UE 2021/953 non spetta certamente al Garante, ma è ovviamente riservato alla Corte di Giustizia europea. Sotto questo specifico profilo v. **R. Bin**, *Replica al documento anti green pass pubblicato da Questione giustizia*, in *Lacostituzione.info*, 9 agosto 2021 nonché lo stesso documento dell'Osservatorio per la legalità costituzionale, pubblicato in *Questione Giustizia*, 4 agosto 2021 (*Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del decreto green pass*), nel quale si sostiene che la disciplina nazionale sul *green pass* contrasterebbe con quella recata dal Regolamento UE 2021/953 e potrebbe per tale ragione essere disapplicata, ma comunque dall'autorità giurisdizionale e non da una autorità amministrativa.

[36] I termini essenziali della questione sono riassunti nella intervista al Garante pubblicata sul quotidiano LaRepubblica, 25 agosto 2021 “*No alle liste dei no vax. I presidi non devono conoscere le scelte sanitarie dei professori?*”.

[37] Per tutti v. **F. Cardarelli**, *Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in **G. Finocchiaro, R. D'orazio, O. Pollicino, G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè F.L., Milano, 2021: “L'art. 6 del Regolamento elenca sei basi giuridiche (le quali rappresentano quindi i presupposti di legittimazione del trattamento) che rendono lecito e legittimo, fin dall'origine, il trattamento di dati “comuni”. Tale disposizione, riprendendo quasi integralmente le previsioni dell'art. 7 della dir. 95/46/CE, ancora la liceità del trattamento alla sussistenza di presupposti che si fondano due requisiti generali alternativi (il consenso dell'interessato — par. 1, lett. a — oppure la necessità del trattamento — par. 1, lett. b-f). Tra queste ipotesi di trattamento necessario le lett. c) ed e) della disposizione contemplano “c) l'adempimento di un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento”, e “e) l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”.

[38] In tal senso anche **F. Cardarelli**, *Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, cit., 1016 il quale sottolinea la necessità della distinzione riconducendo l'ipotesi della esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri nell'ambito del più generale principio di legalità dell'azione amministrativa. A mio avviso, come sostengo nel testo, ciò conduce però necessariamente ad ammettere che nell'ipotesi della esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri la valutazione di necessità viene effettuata dall'amministrazione alla quale la legge ha attribuito il potere di curare l'interesse pubblico.

[39] Per le quali l'art. 9 fa comunque salva la possibilità di trattamento da parte delle pubbliche amministrazioni nelle ipotesi in cui il trattamento è necessario “*per motivi d'interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato*” o “*per motivi d'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale*”. Sottolinea che è sempre l'esigenza di tutela di un interesse generale che giustifica l'eccezione al divieto **A. Thiene**, *Art 9. Profili generali*, in **R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 241 ss. **F. Cortese**, *Art 2 sexies. Trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi d'interesse pubblico rilevante*, in **R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 1047 sottolinea come “*tale disciplina comporta un rafforzamento circostanziato delle attenzioni con cui quel soggetto (pubblico) è chiamato a rispettare il principio di proporzionalità*”.

[40] Per tutti v. **F. Colapietro**, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi*, 22/2018, 4 ss.

[41] V. ante, sub nota 15.

[42] La interpretazione della base giuridica del trattamento data dall'art. 2 ter del Codice nell'attuazione dell'art 6 par 3 lett b) del GDPR è stata comunque ritenuta in dottrina “*eccessivamente restrittiva*” da **F. Pizzetti**, *La parte I del Codice novellato*,

in **F. Pizzetti** (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021, 92 ss. Analogamente v. anche **E. Pelino**, **Art 2 ter D.Lgs 196/2003**, in **L. Bolognino**, **E. Pelino** (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Milano, 2019, 97 ss il quale sostiene che per questo motivo l'art. 2 ter potrebbe essere disapplicato per contrasto con il Regolamento UE. Generale è comunque l'osservazione che la lettura dell'art 2 ter, primo comma, deve essere opportunamente riequilibrata alla luce della previsione recata dal successivo comma secondo; per tutti v. **F. Cardarelli**, *Art. 2. Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in **R. D'Orazio**, **G. Finocchiaro**, **O. Pollicino**, **G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 1016 ss.

[43] Cfr. **D. Poletti**, *Art. 6. Liceità del trattamento*, in **R. D'Orazio**, **G. Finocchiaro**, **O. Pollicino**, **G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 195 ss; **F. Resta**, *Art. 6. Liceità del trattamento*, in **Riccio**, **Scorza**, **Belisario** (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Milano, 2018, 63 ss; **G. Alpa**, *Principi e disposizioni generali. Art. 1. Oggetto*, in **R. D'Orazio**, **G. Finocchiaro**, **O. Pollicino**, **G. Resta** (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 1001.

[44] In tal caso andrebbe immediatamente presa in considerazione l'opportunità di inserire nella legge 241/1990, con l'annuale legge di semplificazione o alla prima occasione utile, una norma che chiarisca che il trattamento dei dati personali ordinari necessario per il perseguimento di finalità di pubblico interesse non richiede l'attribuzione di una ulteriore specifica disposizione di legge diversa da quella attributiva del potere, salvo che si tratti di dati particolari o sensibili ai sensi dell'art 9 primo comma GDPR, sulla falsa riga della disposizione originariamente recata dall'art 19 del d lgs 196/2003.

[45] In generale sul tema si rinvia alla voce di **C. Esposito**, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 831 ss. Con specifico riferimento al sistema delle fonti disciplinanti il periodo dell'emergenza Covid 19 v. ex multis **M. Luciani**, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 4; **B. Caravita**, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* n. 6/2020, 4 ss.; **F. Fracchia**, *Diritto ed emergenza sanitaria*, in *Dir. dell'economia*, n. 3/2019, p. 575 ss; **S. Licciardello**, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi*, maggio 2020. Con specifico riferimento alla tematica del *green pass* si rinvia al già citato contributo di **R. Bin**, *Replia al documento anti green pass pubblicato da Questione giustizia*, in *Lacostituzione.it*, 9 agosto 2021.

[46] Ex multis cfr. **F. S. Marini**, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in *Federalismi*, aprile 2020, 12; **Ludovico A. Mazarroli**, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacere d'altri, in *Federalismi*, marzo 2020; **M. Cavino**, *Covid 19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, marzo 2020.

[47] Cfr. Corte cost., 24 febbraio 2021 n. 37, in *Giustiziainsieme*, 19 maggio 2021, con nota di **M. Gola**, *Pandemia, Stato e Regioni: quando la "materia" non basta*; v. anche l'ordinanza Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4 resa sulla medesima questione con la quale la Corte ha sospeso l'impugnata legge regionale della Valle d'Aosta in *Giustiziainsieme*, 26 gennaio 2021, con nota **E. Lamarque**, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*.

[48] V. ante, sub nota 12. Più in generale, sulla crisi del principio di legalità in situazioni emergenziali si rinvia per tutti a **A. Barone**, *La regolazione giuridica del rischio*, in **R. Martino**, **F. Alicino**, **A. Barone** (a cura di), *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Milano, 2017, 263 ss ed ivi per ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

[49] Ciò che forse è più paradossale, è che tutto ciò, a ben guardare, non avviene nemmeno per assicurare la protezione un interesse pubblico, ma di un interesse privato, contenuto di un diritto individuale. Paradosso a sua volta generato dall'anomalia del fatto che, differentemente da quanto normalmente avviene nei casi in cui viene istituito un ente o autorità pubblica, anche se con compiti di sola regolazione, nel caso della *privacy* si è appositamente creata un'autorità pubblica la cui *mission* istituzionale si sostanzia nella protezione dell'interesse dell'individuo alla protezione dei propri dati personali, e non già di un interesse pubblico.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1708 – 3 maggio 2021

Autotutela sugli atti del commissario *ad acta* nel giudizio avverso il silenzio (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 18 03 2021, n. 2335)

di Roberto Fusco

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. La natura giuridica del commissario *ad acta* nel giudizio di ottemperanza e la contestabilità dei provvedimenti commissariali. – 3. Il ruolo e i poteri del commissario *ad acta* nell'ambito del giudizio avverso il silenzio. – 4. Il *decisum* della sentenza: l'assenza del potere di autotutela della pubblica amministrazione sui provvedimenti commissariali. – 5. La permanenza del potere di provvedere della pubblica amministrazione dopo la nomina del commissario. – 6. Alcune brevi considerazioni conclusive.

1. Il caso di specie.

La sentenza in commento^[1] si sofferma sul tema dell'annullabilità in autotutela dei provvedimenti adottati dal commissario *ad acta* nominato, in sostituzione della pubblica amministrazione, nell'ambito del giudizio avverso il silenzio inadempimento. Il potere di autotutela in relazione ai provvedimenti commissariali presuppone plurime questioni tra loro interconnesse riguardanti la figura del commissario, ossia: la sua natura; le relazioni intercorrenti tra il commissario, il giudice che lo nomina e l'ente sostituito; le differenze del suo ruolo nel giudizio di ottemperanza e in quello avverso il silenzio; e, infine, la natura dei provvedimenti commissariali e i relativi strumenti utilizzabili per la loro contestazione.

Si anticipa sin d'ora che il Consiglio di Stato, confermando la propria giurisprudenza prevalente sul punto, ha negato la sussistenza del potere della pubblica amministrazione di incidere in autotutela sugli atti adottati in sua vece dal commissario *ad acta*, prevedendo che

per la loro contestabilità l'amministrazione debba esperire, al pari del privato, il rimedio del reclamo.

Il caso di specie, da cui origina la pronuncia in commento, riguarda l'impugnazione di una sentenza del T.A.R. per il Molise[2] che ha accolto il ricorso avverso il provvedimento dirigenziale con il quale il Comune di Campobasso ha annullato in autotutela il provvedimento di un commissario *ad acta*[3]. La sentenza di primo grado ha negato all'ente comunale il potere di incidere in autotutela sull'atto commissariale, ritenendo che la relazione intercorrente tra il commissario (nominato nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio-inadempimento) e l'ente sostituito abbia carattere inter-soggettivo e non semplicemente inter-organico. Sulla base di tale impostazione sono stati annullati i provvedimenti con i quali l'amministrazione comunale aveva rimosso in autotutela il provvedimento commissariale e l'atto comunale che aveva preannunciato il rigetto dell'istanza di rilascio del titolo edilizio. L'ente comunale ha proposto appello avverso la succitata sentenza, sostenendo che gli atti commissariali emanati sarebbero stati imputabili al Comune e, quindi, ordinariamente annullabili d'ufficio dallo stesso, essendo il potere di autotutela dell'amministrazione un potere "immanente" e non "espropriabile". Inoltre, sempre secondo l'amministrazione appellante, la procedura di reclamo non sarebbe applicabile al rito avverso il silenzio rifiuto e, in ogni caso, non priverebbe l'amministrazione del suo potere di autotutela.

L'adito Collegio, dopo aver rigettato la richiesta di sospensione dell'esecutività della sentenza avanzata dall'appellante in sede cautelare¹⁴, ha respinto il proposto appello ritenendo fondato il primo motivo di ricorso svolto in prime cure secondo il quale, alla luce del rapporto inter-soggettivo tra il commissario e l'ente sostituito, alla pubblica amministrazione non può essere riconosciuto il potere di autotutela sugli atti commissariali.

2. La natura giuridica del commissario *ad acta* nel giudizio di ottemperanza e la contestabilità dei provvedimenti commissariali.

La nomina del commissario *ad acta*[5] costituisce la principale modalità attraverso la quale il giudice amministrativo, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, si sostituisce alla pubblica amministrazione per dare attuazione alle sentenze di merito e agli altri provvedimenti ad esse equiparati ogniqualvolta la pubblica amministrazione ometta di darvi esecuzione¹⁶.

L'indagine sulla natura giuridica del commissario nominato in sede di ottemperanza è da sempre stata fondamentale al fine di individuare il regime giuridico dei provvedimenti commissariali[7]. Come icasticamente evidenziato in dottrina, infatti, il commissario *ad acta* può essere rappresentato come "*un punto di sutura e di saldatura tra attività giurisdizionale e attività amministrativa*"[8].

Prima dell'adozione del codice del processo amministrativo la dottrina e la giurisprudenza avevano elaborato tre principali teorie circa la natura giuridica del commissario *ad acta* di nomina giudiziale[9].

Una *prima* teoria qualifica il commissario come organo ausiliario del giudice. Questa tesi poggia su due fondamentali pronunce della Corte costituzionale[10] e del Consiglio di Stato[11] secondo le quali l'attività sostitutiva del giudice dell'ottemperanza ha natura

giurisdizionale e l'attività del commissario è strumentalmente connessa ad essa; gli atti del commissario, in quanto riconducibili all'ufficio giudiziario, devono essere qualificati della stessa natura (giudiziale) e, pertanto, la loro contestazione spetta al giudice dell'ottemperanza che ha l'obbligo di accertarne la rispondenza al giudicato^[12].

Una *seconda* teoria qualifica il commissario come un organo straordinario dell'amministrazione resistente, che deve operare secondo le logiche (e le regole) dell'attività amministrativa, ponendo in essere atti imputabili alla pubblica amministrazione^[13]. Da questa impostazione discende che l'impugnazione dei provvedimenti da parte dei privati debba essere effettuata mediante un'autonoma azione annullatoria e non rivolgendosi direttamente (con reclamo) al giudice dell'ottemperanza. Inoltre, l'ente sostituito, non avendo la legittimazione ad impugnare un atto proprio, sarebbe stato privo di tutela nei confronti degli atti commissariali^[14], eccetto il potere di autotutela sugli stessi^[15].

Infine, occorre dar conto di una *terza* teoria che qualifica il commissario come un organo misto, ossia un organo che è allo stesso tempo organo ausiliario del giudice dell'ottemperanza (in quanto deputato alla funzione di attuazione del giudicato promanante dal giudice) e organo straordinario dell'amministrazione sostituita (in quanto inserito coattivamente nelle strutture organizzative dei quest'ultima per provvedere in sua vece)^[16]. Esso va inteso come un soggetto dalla doppia natura, che da un lato è un delegato (ausiliario) del giudice e opera come suo *alter ego* e, dall'altro lato, svolge una funzione sostanzialmente amministrativa in sostituzione dell'amministrazione inadempiente^[17]. In adesione a questa "bivalenza" della figura del commissario, parte della giurisprudenza ha affermato che il commissario sarebbe organo ausiliario del giudice oppure organo straordinario dell'amministrazione a seconda dell'ampiezza (minore o maggiore) dello spazio che il giudicato lascia alla sua azione: qualora il giudice demandi al commissario il compito generale di sostituirsi alla pubblica amministrazione inadempiente, il commissario dovrebbe considerarsi come organo straordinario della stessa; laddove, invece, il giudice gli attribuisca un compito ben preciso e delimitato, esso dovrà ritenersi come un suo ausiliario^[18].

Il codice del processo amministrativo, con gli articoli 21 e 114, ha recepito esplicitamente la tesi (già prevalente) del commissario *ad acta* quale organo ausiliario del giudice^[19]. A riprova di un tanto, dopo l'entrata in vigore del codice, il giudice amministrativo ha confermato in numerose pronunce come il commissario *ad acta* debba essere considerato un ausiliario del giudice e che lo stesso sia titolare di un potere che trova un fondamento diretto nella pronuncia del giudice dell'ottemperanza^[20].

Nonostante tale espressa presa di posizione del codice sulla natura del commissario, non si può dire che l'impianto normativo sia risultato idoneo a sgombrare il campo da tutti i dubbi relativi all'attività compiuta dallo stesso e ai mezzi esperibili per contestare i suoi atti.

Infatti, il codice prevede un duplice regime di rimedi avverso gli atti del commissario a seconda di quale sia il soggetto che intenda impugnarli^[21]: qualora siano le parti a voler contestare il provvedimento commissariale è ammesso il reclamo dinanzi al giudice dell'ottemperanza; qualora, invece, si tratti di terzi estranei al giudicato, gli atti commissariali sono impugnabili con il ricorso al giudice amministrativo secondo il rito ordinario^[22]. Laddove si fosse imposto anche ai terzi estranei lesi dalle determinazioni commissariali l'obbligo di rivolgersi al giudice dell'ottemperanza, si sarebbe rischiato di infrangere il principio del (tendenziale) rispetto del doppio grado di giudizio (ove il giudice competente

per l'ottemperanza fosse stato il Consiglio di Stato) ma, più ancora, di ledere il loro diritto di difesa, poiché per loro l'attività commissariale è "*res inter alios*"^[23].

È lecito, quindi, chiedersi se l'impugnabilità degli atti del commissario da parte dei terzi estranei al giudicato li trasforma in atti di natura amministrativa, ossia se dalla duplicità di rimedi possa discendere una duplicità di natura giuridica (amministrativa e giudiziale) degli atti commissariali^[24].

3. Il ruolo e i poteri del commissario *ad acta* nell'ambito del giudizio avverso il silenzio.

La questione della natura del commissario *ad acta* e dei suoi rapporti con il giudice che lo nomina e con l'amministrazione sostituita assume una connotazione diversa con riferimento al commissario nominato in sede di giudizio avverso l'inerzia della pubblica amministrazione^[25].

Con la nomina del commissario *ad acta* nel rito del silenzio, infatti, non si ha un vero e proprio giudizio di ottemperanza ma piuttosto un'ottemperanza "anomala" o "speciale", dove la specialità risiede nella circostanza che si prescinde dall'attuazione di un provvedimento giudiziale^[26].

La giurisprudenza e la dottrina si interrogano se al commissario *ad acta* nominato nell'ambito del rito avverso il silenzio vadano attribuiti poteri e natura differenti dal commissario dell'ottemperanza o se l'istituto vada inteso in termini di unitarietà nella sua disciplina codicistica che lo definisce come ausiliario del giudice^[27].

Secondo alcune pronunce, mentre il commissario *ad acta* nominato in sede di giudizio di ottemperanza costituisce un organo ausiliario del giudice, diverso sarebbe il caso del commissario nominato nell'ambito del giudizio avverso l'inerzia dell'amministrazione, non avendosi in tal caso un vero e proprio giudizio di ottemperanza, tant'è che il codice del processo amministrativo non rinvia alle norme su tale tipo di giudizio, limitandosi a prevedere la nomina di un commissario *ad acta*^[28]. Seguendo questa impostazione l'attività del commissario nominato nel giudizio sul silenzio non si limiterebbe al completamento e all'attuazione del *dictum* giudiziale recante direttive conformative dell'attività amministrativa, ma si tradurrebbe in un'attività di pura sostituzione nell'esercizio del potere proprio dell'amministrazione soccombente, collegata alla pronuncia giudiziale solo per quanto attiene al presupposto della prolungata inerzia dell'amministrazione medesima. L'attività del commissario *ad acta* sarebbe, dunque, qualificabile come sostitutiva rispetto a quella dell'amministrazione, piuttosto che di stretto ausilio al potere esecutivo del giudice^[29].

Sul punto, però, c'è da registrare anche una recente posizione contraria del Consiglio di Stato secondo la quale la qualificazione del commissario *ad acta* come sostituto della pubblica amministrazione non sarebbe sostenibile alla luce dell'art. 117, comma 4, c.p.a. che attribuisce alla cognizione del giudice tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto. Il commissario, pertanto, è costretto a muoversi in un "*contesto governato dal giudice*", dovendosi escludere che esso vada a sostituire l'amministrazione^[30].

Tale dibattito rileva anche nel caso di specie laddove la qualificazione del commissario come organo sostituto dell'amministrazione è propugnata dall'amministrazione appellante, secondo la quale vi è una distinzione ontologica tra il giudizio di ottemperanza "classico" di cui agli artt. 112 e ss. c.p.a. e la ottemperanza "atipica" di cui all'art. 117, comma 6, c.p.a. Soltanto nel caso dell'ottemperanza vera e propria il commissario assumerebbe il ruolo di mandatario del giudice, in quanto da quest'ultimo chiamato all'attuazione di un proprio *decisum* a monte deliberato. Nella diversa ipotesi del giudizio avverso il silenzio inadempimento ex art. 117 c.p.a., invece, l'organo commissariale sarebbe chiamato a pronunciarsi per la prima volta sull'istanza rimasta inevasa dalla pubblica amministrazione, sulla base di un comando giudiziario finalizzato a superarne l'inerzia. Vi sarebbe, perciò, una profonda differenza strutturale tra il ruolo che il commissario riveste nei due tipi di giudizio: ossia, sarebbe ausiliario del giudice nell'ottemperanza classica e organo sostituto all'amministrazione nell'ottemperanza atipica. In quest'ultimo caso gli atti commissariali emanati sarebbero ordinariamente annullabili in autotutela in quanto atti imputabili all'ente comunale e in quanto costituenti l'espressione del primo esercizio del potere amministrativo da parte dell'amministrazione (*rectius* da parte del commissario per conto dell'amministrazione).

Il Collegio, però, richiamando un proprio recente precedente^[31], dichiara di non condividere tale impostazione sostenendo che, qualora il giudice abbia stigmatizzato come illegittimo (*rectius* antigiusdizionario) il silenzio-inadempimento serbato dall'amministrazione, esso ben può provvedere, a mezzo del commissario *ad acta*, alla ponderazione comparativa, anche discrezionale, illegittimamente omessa dall'amministrazione in violazione del generale dovere di concludere il procedimento.

4. Il *decisum* della sentenza: l'assenza del potere di autotutela della pubblica amministrazione sui provvedimenti commissariali.

La possibilità o meno per l'amministrazione di agire in autotutela sugli atti commissariali è una questione particolarmente attuale, soprattutto con riferimento al giudizio avverso il silenzio dove il commissario *ad acta* si trova a dover provvedere per la prima volta (in sostituzione dell'amministrazione) sull'istanza del privato rimasta inevasa.

La giurisprudenza prevalente è propensa a negare detto potere di autotutela, poiché la pubblica amministrazione si trova, rispetto ai provvedimenti commissariali, in una sorta di posizione di sovranità limitata^[32] e poiché la natura intersoggettiva tra commissario e amministrazione sostituita impedisce che quest'ultima possa rimuovere in autotutela un atto commissariale^[33].

Anche in dottrina è stata esclusa la possibilità di rimuovere in autotutela i provvedimenti commissariali poiché l'amministrazione, così facendo, realizzerebbe uno "straripamento di potere" nei confronti dell'autorità giudiziaria, vanificando la tutela ottenuta dal ricorrente vittorioso in sede giurisdizionale^[34]. Infatti, ammettere il potere di rimozione degli atti commissariali da parte del soggetto pubblico risultato soccombente in un giudizio pregresso finirebbe per svuotare di valore l'adottata decisione giudiziale a lui favorevole^[35].

La sentenza in commento si sofferma sulle ragioni che depongono per l'assenza, in capo alla pubblica amministrazione sostituita, del potere di rimuovere in autotutela i provvedimenti del commissario *ad acta* nominato nell'ambito del giudizio avverso il silenzio inadempimento.

L'analizzata natura del commissario come ausiliario del giudice è il primo argomento in base al quale viene negato detto potere di autotutela all'amministrazione. A parere del Collegio tale ragionamento non può essere messo in dubbio neanche dalla diversità funzionale del giudizio avverso il silenzio nel quale il commissario eserciterebbe per la prima volta un potere amministrativo in maniera libera o, meglio, svincolata dall'attuazione di un giudicato. Nel caso del giudizio avverso il silenzio, infatti, l'illegittima inerzia dell'autorità amministrativa costituisce il presupposto per l'intervento del giudice che può sostituirsi alla pubblica amministrazione rimasta inerte attraverso il commissario *ad acta*, per il fatto di pronunciarsi in prima battuta in luogo dell'amministrazione rimasta silente, non perderà la sua natura di organo ausiliario del giudice. Infatti, è al giudice stesso (per mezzo del commissario) che compete, dopo aver stigmatizzato come illegittimo il silenzio inadempimento dell'amministrazione, il potere di provvedere a quella ponderazione comparativa, anche discrezionale, illegittimamente omessa dall'amministrazione, in violazione del generale dovere di conclusione del procedimento^[36].

Un altro elemento che depone per l'assenza del potere di autotutela è il rapporto tra commissario e amministrazione sostituita che viene declinato in termini inter-soggettivi più che inter-organici. La natura inter-soggettiva del rapporto, infatti, esclude che l'atto impugnato possa essere imputato all'ente sostituito e, conseguentemente, che possa essere inciso dal potere di autotutela della pubblica amministrazione. Infatti, quantomeno il potere di annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, che rileva nel caso di specie, è generalmente spendibile solo nei confronti di atti emessi dalla stessa pubblica amministrazione ovvero da altro soggetto sotto-ordinato. L'amministrazione sostituita, quindi, non viene espropriata dal potere di autotutela perché detto potere non le compete in radice, essendovi un rapporto inter-soggettivo e non inter-organico tra l'amministrazione sostituita e il commissario^[37].

Analogamente a quanto affermato da autorevole dottrina^[38], il Collegio afferma che ammettere l'autotutela avverso i provvedimenti commissariali determinerebbe *“da un lato la mortificazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. e ribadito dal c.p.a. proprio nella disposizione di apertura, dall'altro la violazione del principio di separazione dei poteri, consentendosi altrimenti la sterilizzazione amministrativa dell'intervento giurisdizionale”*.

A supporto di tale impostazione viene richiamato anche il dettato dell'art. 117, comma 4, c.p.a.^[39] in base al quale sarebbe evidente la *ratio legis* di concentrare in capo al giudice la cognizione di tutte le vicende conseguenti alla pronuncia avverso il silenzio inadempimento, ivi incluso il sindacato sugli atti commissariali eventualmente emanati^[40].

Tale espressa scelta legislativa, inoltre, sarebbe confermata dalla *“strutturale natura giuridica del commissario”*, figura che promana dal giudice, che svolge funzioni ausiliarie allo stesso e di cui costituisce la *longa manus*.

Infatti, il Collegio ritiene che il dato decisivo per dirimere questione relativa alla sussistenza o meno del potere di autotutela in capo alla pubblica amministrazione non vada indagato nel tipo di attività (ampiezza della valutazione discrezionale) che il commissario è chiamato a

svolgere a seconda che lo stesso sia nominato nel giudizio di ottemperanza o in quello avverso il silenzio; quello che rileva è che i suoi atti non sono mai geneticamente riconducibili all'ordinario esercizio dell'attività amministrativa essendo, invece, espressione dell'attività giurisdizionale. Il commissario *ad acta* deve considerarsi sempre una figura distinta dall'amministrazione e la sua attività deve essere qualificata in ogni caso come "attività soggettivamente giurisdizionale pur se calata in una forma amministrativa".

5. La permanenza del potere di provvedere della pubblica amministrazione dopo la nomina del commissario.

Una questione diversa, ma che presenta indubbi punti di contatto con l'annullabilità in autotutela dei provvedimenti commissariali, è quella relativa alla persistenza del potere di provvedere in capo all'amministrazione dopo la nomina del commissario *ad acta* nell'ambito del rito avverso il silenzio, questione che attualmente risulta al vaglio dell'Adunanza Plenaria[41].

L'ordinanza con cui la Sezione IV del Consiglio di Stato ha rimesso la questione alla Plenaria da adeguatamente conto dei diversi orientamenti formati sul punto nella giurisprudenza[42].

Secondo una *prima* risalente impostazione il potere-dovere dell'amministrazione di dare esecuzione alla pronuncia giurisdizionale verrebbe meno già dopo la nomina del commissario *ad acta*[43].

Per un *secondo* orientamento, divenuto maggioritario nella giurisprudenza più recente, il c.d. esautoramento dell'organo inottemperante (*rectius* inadempiente) si verificherebbe solo con l'operatività dell'investitura commissariale (o, per dirla diversamente, dopo il suo insediamento) che attuerebbe il definitivo trasferimento del *munus* pubblico dall'ente, che ne è titolare per legge, a quello che ne diviene titolare in ragione della sentenza del giudice amministrativo[44].

Seguendo un *terzo* orientamento, meno diffuso nella giurisprudenza più recente, la competenza commissariale rimarrebbe concorrente con quella dell'amministrazione che continuerebbe ad operare nell'ambito delle attribuzioni che la legge le riconosce e che verrebbero estinte con l'insediamento del commissario[45].

Esposti i termini della questione, la Sezione IV prende motivatamente posizione a favore della tesi della competenza concorrente dell'amministrazione e del commissario, tesi che troverebbe conferma in una serie di principi (anche di rilievo costituzionale), tra cui il principio di legalità in connessione con l'art. 97 cost., il principio di certezza dei rapporti giuridici e il principio di responsabilità dei titolari dei pubblici uffici in connessione con l'art. 28 cost.[46].

È ben vero che nell'ordinanza di remissione il quesito riguarda l'interrogativo "se l'amministrazione possa provvedere tardivamente rispetto al termine fissato dal giudice amministrativo, fino a quando il commissario *ad acta* eserciti il potere conferitogli". Il potere concorrente di commissario *ad acta* e pubblica amministrazione riguarderebbe il momento antecedente e non successivo all'adozione dell'atto commissariale come nel caso di specie. Ed è altrettanto vero che il

potere di provvedere in prima istanza non è assimilabile al potere di provvedere in autotutela: il potere di autotutela, per esempio, può essere esercitato nei confronti del silenzio assenso, situazione in cui il potere della pubblica amministrazione di agire è spirato, ma in tal caso la possibilità di agire in autotutela è espressamente attribuita alla pubblica amministrazione dalla legge^[47].

Quindi, pur nella consapevolezza della profonda differenza tra le due questioni (permanenza del potere di provvedere della pubblica amministrazione dopo la nomina del commissario e annullabilità in autotutela degli atti commissariali) pare di poter affermare che, qualora fosse accolta l'impostazione della Sezione rimettente prevedente la competenza concorrente di commissario e amministrazione sostituita, tale circostanza potrebbe riaprire qualche dubbio a favore della sussistenza di un qualche potere da parte dell'amministrazione sostituita sugli atti commissariali. Infatti, il riconoscere la persistenza di un potere dell'amministrazione di agire anche dopo la nomina del commissario *ad acta* sembrerebbe "ritagliare" uno spazio di azione alla pubblica amministrazione sostituita i cui confini (estensibili fino all'annullamento in autotutela degli atti commissariali stessi?) non appaiono al momento di certa delimitazione.

6. Alcune brevi considerazioni conclusive.

La sentenza in commento, che si inserisce senza soluzione di continuità nel solco della più recente giurisprudenza sul tema, nega alla pubblica amministrazione sostituita il potere di autotutela sugli atti commissariali attraverso il seguente impianto concettuale: 1) il commissario *ad acta* nominato dal giudice è un organo ausiliario dello stesso e non un organo straordinario dell'amministrazione; 2) gli atti commissariali non sono geneticamente riconducibili all'ordinario esercizio della potestà amministrativa, ma all'attività del giudice amministrativo investito della questione; 3) l'amministrazione non può agire in autotutela avverso atti che non siano stati emessi da essa stessa almeno con riferimento all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990; 4) gli atti del commissario *ad acta* non possono che essere sindacati dal giudice amministrativo che ha nominato il commissario, come testualmente previsto dalle disposizioni codicistiche.

Pare opportuno evidenziare, però, come la sussistenza di poteri di secondo grado in capo all'amministrazione sostituita resti comunque legata (*rectius* condizionata) alla qualificazione che si ritenga di dare alla figura del commissario *ad acta* e al regime giuridico dei suoi atti. Infatti, pur essendo la più recente giurisprudenza orientata a riconoscere il carattere giurisdizionale all'attività del commissario, bisogna comunque segnalare che tale assioma non appare così granitico, soprattutto nell'ambito del giudizio avverso il silenzio^[48].

In ragione di un tanto, sarebbe quantomai auspicabile che l'Adunanza plenaria, nel risolvere la appena sollevata questione sulla permanenza del potere di provvedere della pubblica amministrazione dopo la nomina del commissario, decidesse di incidentalmente di indagarne *funditus* la natura di quest'organo e il rapporto che lo lega all'amministrazione sostituita nell'ambito del giudizio avverso il silenzio, per poter risolvere "definitivamente" anche la questione dell'autotutela sui provvedimenti commissariali.

Ad ogni modo, pare potersi affermare che il potere di autotutela, anche a prescindere dal tipo di rapporto che lega il commissario all'amministrazione e dalla qualificazione giuridica da

attribuire agli atti commissariali (quali atti amministrativi o giurisdizionali), sia un potere che mal si attaglia ad essere esercitato dalla pubblica amministrazione sostituita dal commissario *ad acta*. Questo poiché la *ratio* dei poteri di secondo grado ad esito eliminatorio è quella di consentire alla pubblica amministrazione titolare del potere di intervenire su di un proprio precedente provvedimento e non di contestare un provvedimento amministrativo *anulunde* adottato, anche se in propria vece. Per la contestazione degli atti commissariali, infatti, l'ordinamento prevede diversi strumenti di tutela giurisdizionale (reclamo o giudizio autonomo) a seconda dei soggetti potenzialmente pregiudicati dagli stessi (parti del giudizio o soggetti terzi), non venendosi a creare un vuoto di tutela per la pubblica amministrazione che voglia contestare i provvedimenti commissariali, dovendosi ritenere superata dal codice del processo amministrativo quella giurisprudenza (già minoritaria) che negava la legittimazione della pubblica amministrazione ad impugnare gli stessi in quanto atti propri.

[1] Cons. St., Sez. IV, 18 agosto 2021, n. 2335, in www.giustizia-amministrativa.it.

[2] T.A.R. Molise (Campobasso), Sez. I, 18 maggio 2017, n. 185, in www.giustizia-amministrativa.it.

[3] Il provvedimento del commissario *ad acta* aveva ad oggetto il rilascio di un permesso di costruire mai concesso dall'amministrazione rimasta inerte e avverso la quale era stato presentato ricorso avverso il silenzio. Detto commissario è stato nominato dal medesimo T.A.R. con sentenza non definitiva T.A.R. Molise (Campobasso), Sez. I, 4 dicembre 2015, n. 452, in www.giustizia-amministrativa.it.

[4] Cons. St., Sez. IV, 15 settembre 2017, n. 3860, in www.giustizia-amministrativa.it.

[5] Sulla figura del commissario *ad acta* si rinvia ai contributi di: D. VAIANO, *Il commissario ad acta nel sistema dei giudizi di ottemperanza*, Roma, 1996; G. ORSONI, *Il commissario ad acta*, Padova, 2001; A. CIOFFI, *Sul regime degli atti del commissario ad acta nominato dal giudice dell'ottemperanza*, in *I Tribunali Amministrativi Regionali*, 2001, 1, II, p. 1 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Commissario ad acta*, in *Enc. giur.*, Agg., Vol. VI, Milano, 2002, p. 284 ss.; S. D'ANTONIO, *Il commissario ad acta nel processo amministrativo: qualificazione dell'organo e regime processuale*, Napoli, 2012; S. PIGNATARO, *Il commissario ad acta nel quadro del processo amministrativo*, Bari, 2019.

[6] Sul giudizio di ottemperanza in generale, tra i moltissimi contributi, si segnalano senza alcuna pretesa di esaustività: F.G. SCOCA, *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza* (Atti del XXVII Convegno di Scienza dell'amministrazione di Varenna), Milano, 1983; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/1989, p. 369 ss.; A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo speciale*, Vol. V, Milano, 2003, p. 4605 ss.; C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Enc. giur.*, Milano, 2008, Annali, II, p. 818 ss.; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli, 2013; M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino 2014; S. TARULLO, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2017, p. 559 ss.; F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in F. FRANCARIO - M.A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli, 2018, p. 119 ss.; F. FRANCARIO, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in *Il Processo*, n. 3/2018, p. 171 ss.

[7] A. DAIDONE - F. PATRONI GRIFFI, *Artt. 112-115*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 1072.

[8] M. CLARICH, *Il giudicato e l'esecuzione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Vol. 7, in S. CASSESE (diretto da), *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 313.

[9] Per un'approfondita ricostruzione del dibattito si rinvia a S. PIGNATARO, *op. cit.*, p. 65 ss.

[10] Corte cost., 12 maggio 1977, n. 75, in *Giur. it.*, 1978, I, p. 980 ss.

[11] Cons. St., Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23, in *Giur. it.*, 1979, III, p. 26 ss. Per un commento alla pronuncia si segnala F.G. SCOCA, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro it.*, 1979, III, p. 4 ss.

[12] In tal senso in dottrina si sono pronunciati tanti autorevoli studiosi tra i quali si segnala M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo d'ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 115.

[13] Tale orientamento è stato sostenuto da Cass. civ., SS.UU., 19 marzo 1999, n. 9709, in *Giust. civ.*, 199, I, p. 3347 ss., con nota di M.A. VISCA, *Giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità amministrativo-contabile del commissario ad acta*, ivi. Tra le sentenze amministrative (non numerosissime) che hanno seguito tale impostazione vedasi: C.G.A.R.S., 17 giugno 1982, n. 24, in *Riv. amm.*, 1982, III, p. 644 ss.; Cons. St., Sez. V, 3 marzo 1988, n. 125, in *Foro amm.*, 1988, p. 1464; e, più di recente, T.A.R. Campania (Napoli), 10 marzo 2009, n. 1363, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2009, p. 830. In dottrina, a favore di questa tesi, si sono schierati: G. VACIRGA, *L'impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta*, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 258-259; A. IANNOITTA, *La natura giuridica del commissario ad acta e il regime di impugnazione dei suoi atti*, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 1993, II, p. 414; G. ORSONI, *op. cit.*, p. 99.

[14] Come si dirà poi, il codice del processo amministrativo, all'art. 114, comma 6, ha esplicitamente riconosciuto il potere di presentare reclamo alle "parti nei cui confronti si è formato il giudicato" e, quindi, anche alla pubblica amministrazione sostituita dal commissario *ad acta*.

[15] Sul riconoscimento del potere di autotutela dell'amministrazione nei confronti degli atti commissariali vedasi T.A.R. Campania (Napoli), 10 marzo 2009, n. 1363, cit.

[16] L'elaborazione di tale teoria si deve *in primis* alla giurisprudenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, con le sentenze C.G.A.R.S., 25 febbraio 1981, n. 1, in *Cons. di St.*, 1981, I, p. 188 e C.G.A.R.S., 21 dicembre 1982, n. 92, in *Foro amm.*, 1983, p. 372. Tra la dottrina che ha condiviso tale ricostruzione si segnalano: S. GIACCHETTI, *Il giudizio d'ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa*, in *Giur. amm. sic.*, 1988, II, p. 36 ss. e in *www.lexitalia.it* (par. 6); L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 253; C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 835.

[17] M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, p. 540.

[18] In questi termini si segnalano: Cons. St., Sez. VI, 30 dicembre 2004, n. 8275, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, p. 3607; Cons. St., Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6953, in *Urb. e app.*, n. 5/2012, p. 561 ss., con commento di M. ANDREIS, *Commissario ad acta, regime dei suoi atti e nuovo codice del processo amministrativo*, ivi, p. 565 ss.

[19] L'art. 21 c.p.a., rubricato "Commissario ad acta" prevede che "Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20, comma 2". Per un commento a tale norma si rinvia a F.G. SCOCA, *Commento all'art. 21*, V. LOPILATO - A. QUARANTA (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, p. 231 ss. Inoltre, l'art. 114, comma 4, lett. d), c.p.a. ha prescritto che "Il giudice [dell'ottemperanza], in caso di accoglimento del ricorso: ... d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta".

[20] In tal senso, tra le tante, si segnalano: Cons. St., Sez. IV, 13 gennaio 2015, n. 52, Cons. St., Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4299, Cons. St. Sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5667, Cons. St., Sez. V, 27 novembre 2018, n. 6724, Cons. St., Sez. V, 21 maggio 2018, n. 3039, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[21] Tale dicotomia è delineata in maniera chiara da P.M. VIPIANA, *L'ottemperanza al giudicato amministrativo fra l'attività del commissario ad acta e quella dell'amministrazione "commissariata"*, in *Urb. e app.*, n. 10/2015, p. 1055.

[22] Secondo l'art. 114, comma 6, c.p.a. "Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni. Gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario".

[23] In questi termini Cons. St., Sez. V, 13 gennaio 2015, n. 52, in *Urb. e app.*, n. 5/2015, p. 1049 ss, con nota di P.M. VIPIANA, *op. cit.*, ivi, p. 1053 ss.

[24] P.M. VIPIANA, *op.cit.*, p. 1055, risponde negativamente a tale quesito affermando che "l'impugnabilità di un atto davanti al giudice amministrativo non ne implica necessariamente la natura di atto amministrativo" e che "non pare sostenibile la duplice natura degli atti commissariali".

[25] Sul tema si segnalano i contributi di: L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 986 ss.; G. MARI, *L'azione avverso il silenzio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Vol. I, Milano, 2013, p. 250 ss.; M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, p. 709 e ss.; A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 134 ss.; F. SCALIA, *Profili problematici del rito sul silenzio dell'amministrazione nella prospettiva dell'effettività e pienezza della tutela*, in *federalismi.it*, n. 10/2016; S. CAREGGI, *L'esecuzione della pronuncia silenziosa*, in *Giustizia insieme*, 1° luglio 2020.

[26] In questi termini si esprime S. CAREGGI, *op. cit.* Secondo Cons. St. Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3602, in *www.giustizia-amministrativa.it*, si parla di un'ottemperanza "anomala o speciale" in quanto "si prescinde dal passaggio in giudicato della sentenza, e, soprattutto si ammette l'intervento del commissario nell'ambito del medesimo processo, senza più bisogno di un ricorso ad hoc, essendo sufficiente una semplice istanza al giudice che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio" e in quanto l'attività del commissario "può atteggiarsi come attività di pura sostituzione, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione se non per quanto attiene al presupposto dell'accertamento della prolungata inerzia dell'amministrazione". Il Consiglio di Stato evidenzia anche che "se per il commissario ad acta nominato in sede di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato, prevale la tesi secondo cui si tratta di un organo ausiliario del giudice (tesi che ha ricevuto anche l'importante avallo dell'Adunanza plenaria n. 23 del 1978), il dibattito è, invece, tutt'ora aperto per quella speciale figura di commissario ad acta nominato per porre rimedio alla persistente inerzia dell'Amministrazione".

[27] Non è questa la sede per darne un'adeguata ricostruzione delle diverse posizioni della giurisprudenza e della dottrina, per la quale si rinvia al contributo di F. SCALIA, *op. cit.*

[28] In questi termini si esprime Cons. di St., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 338, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo tale pronuncia il commissario ad acta sarebbe un organo sostitutivo dell'amministrazione e non un mero ausiliario del giudice in quanto "l'attività del commissario ad acta, posta in essere in esecuzione della sentenza che rimuova la situazione di inerzia imputabile alla pubblica amministrazione, non si limita - come nel vero e proprio giudizio di ottemperanza - al completamento e all'attuazione del dictum giudiziale recante direttive conformative dell'attività amministrativa, ma si atteggia come attività di pura sostituzione nell'esercizio del potere proprio dell'amministrazione soccombente ed è collegata alla pronuncia giudiziale solo per quanto attiene al presupposto della prolungata inerzia dell'amministrazione medesima; ... l'attività del commissario ad acta, munito di piena autonomia decisoria, appare, dunque, qualificabile come sostitutiva rispetto a quella dell'amministrazione, piuttosto che di stretto ausilio al potere esecutivo del giudice, il quale potrà esclusivamente vagliare l'effettivo adempimento finale da parte del commissario in relazione all'ordine contenuto nella pronuncia giudiziale".

[29] T.A.R. Calabria (Catanzaro), Sez. I, 26 gennaio 2017, n. 82, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso sostanzialmente analogo si esprime anche la recente sentenza T.A.R. Puglia (Bari), Sez. III, 18 settembre 2020, n. 1180, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[30] Cons. St., Sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7172, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo tale pronuncia deve escludersi che il commissario ad acta, nominato nell'ambito del giudizio avverso il silenzio, possa essere legato all'ente da una relazione inter-organica; quindi, le parti "possono, e debbono, contestare gli atti del commissario ad acta soltanto attraverso il rimedio processuale disciplinato dal citato art. 114, comma 6, secondo periodo, mentre l'attivazione di un giudizio secondo il rito ordinario è riservata esclusivamente ai terzi estranei al giudicato".

[31] Cons. St., Sez. VI, 11 agosto 2020, n. 5006, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[32] T.A.R. Campania (Napoli), Sez. VI, 13 settembre 2006, n. 8072, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso sostanzialmente analogo vedasi anche T.A.R. Veneto (Venezia), Sez. I, 1° febbraio 2011, n. 188, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[33] In tal senso vedasi anche la recente Cons. St., Sez. VI, 11 agosto, 2020, n. 5006, cit. Depone, invece per l'annullabilità dei provvedimenti commissariali T.A.R. Campania (Napoli), 10 marzo 2009, n. 1363, cit.

[34] V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2013, p. 1010.

[35] S. PIGNATARO, *op. cit.*, p. 234-235.

[36] Sul tema si rinvia su tutti al contributo di A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2017, p. 273 ss.

[37] In sostanza non c'è un atto amministrativo emanato dallo stesso ente (o da un ente sotto-ordinato) su cui la pubblica amministrazione possa esercitare il potere di annullamento d'ufficio secondo il paradigma normativamente previsto per tale potere di secondo grado dall'art. 21-nonies, l. n. 241/1990. Per un inquadramento sui poteri di autotutela si segnala M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019,

p. 301 ss. Sul potere di annullamento d'ufficio, che rileva nel caso di specie, si rinvia a C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2017, p. 1173 ss.

[38] In tal senso V. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 1010.

[39] Secondo l'art. 117, comma 4, c.p.a. *"Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario"*.

[40] Il Collegio precisa che lo strumento del reclamo, previsto dall'art. 117, comma 4, c.p.a., evita che si venga a creare un vuoto di tutela per la pubblica amministrazione sostituita, la quale potrà sempre contestare gli atti commissariali presentando apposito reclamo al giudice competente.

[41] Per un approfondimento del dibattito sulla questione antecedente alla recente rimessione della questione all'Adunanza Plenaria si rinvia a S. PIGNATARO, *op. cit.*, p. 223 ss.

[42] Cons. St., Sez. IV, 10 novembre 2020, n. 6925, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento all'ordinanza di rimessione si vedano A. SCOGNAMIGLIO, *Silenzi della PA e regime giuridico del provvedimento sopravvenuto alla nomina del commissario ad acta*, in *Giustizia insieme*, 19 gennaio 2021 e G. BROLLO, *Gli effetti della nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio: permane o si consuma il potere di provvedere dell'Amministrazione silente?*, in www.giustamm.it, n. 12/2020.

[43] In relazione a tale orientamento il Collegio precisa che *"Andrebbe verificato comunque se tale tesi, espressa con riferimento al commissario nominato all'esito del giudizio di ottemperanza, si potrebbe applicare anche all'ipotesi del commissario nominato per provvedere in caso di perdurante inerzia dell'amministrazione"*. In tal senso viene richiamata la sentenza Cons. St., Sez. V, 10 marzo 1989, n. 165, in www.giustizia-amministrativa.it.

[44] Vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3378, Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2017, n. 1300 e Cons. St., Sez. IV, 9 novembre 2015, n. 5081, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Nell'ambito di questo secondo orientamento viene anche citata la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 9 maggio 2019 la quale (pur non occupandosi *funditus* della questione) al par. 5.6 ha previsto che *"L'insediamento del commissario ad acta ... nella sua duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione inadempiente surrogata, priva quest'ultima della potestà di provvedere"*.

[45] Per questo orientamento vengono richiamate le pronunce: Cons. St., Sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2764, Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2003, n. 7617, Cons. St., Sez. V, 8 luglio 1995, n. 1041, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[46] A. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, par. 2. Si rinvia poi anche al par. 5 del medesimo contributo per un'interessante (e condivisibile) analisi sul metodo e sulle conclusioni dell'ordinanza di rimessione.

[47] L'art. 20, comma 3, l. n. 241/1990 prevede espressamente che *"Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies"*.

[48] Al paragrafo n. 24.3 dell'ordinanza di rimessione Cons. St., 10 novembre 2020, n. 6925, cit. viene posto il dubbio se l'impostazione dell'Adunanza plenaria n. 1/2002, prevedente l'imputabilità degli atti commissariali all'amministrazione sostituita (e non al giudice), sia da intendersi (o meno) superata dall'entrata in vigore dell'art. 117, comma 4, c.p.a. Sul punto, in questa sede, ci si limita a precisare che la sentenza Cons. St., Ad. Plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in *Dir. e giust.*, n. 7/2002, p. 54 ss., è stata emanata in un contesto normativo in cui i poteri cognitori e decisorio del giudice nel giudizio avverso il silenzio erano diversi rispetto a quelli attualmente previsti dal codice del processo amministrativo.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1480 - 5 gennaio 2021

Il diritto al risarcimento del militare per i danni subiti a causa dell'esposizione all'uranio impoverito (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 novembre 2020, n. 7560).

di Roberto Fusco

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il caso di specie. – 3. La competenza del giudice amministrativo: sede di servizio o residenza del danneggiato? – 4. Il dovere del militare di esporsi al pericolo e il dovere dell'amministrazione di circoscrivere i rischi prevedibili e prevenibili. – 5. La responsabilità dell'amministrazione della difesa in qualità di ente datore di lavoro. – 6. Il nesso eziologico del “più probabile che non”. – 7. La notorietà del pericolo. – 8. La necessità del fattore causale fortuito. – 9. Il dictum della sentenza.

1. Premessa.

La sentenza in commento definisce i limiti della responsabilità dell'amministrazione della difesa per i danni subiti dal militare nell'ambito dell'esercizio delle proprie funzioni, a causa dell'esposizione alla sostanza tossica dell'uranio impoverito^[1]. La questione dei danni alla salute derivanti da tale sostanza negli ultimi decenni ha acquisito un'importanza crescente visto il moltiplicarsi di richieste di risarcimento e di indennizzo formulate all'amministrazione da militari di ritorno dalle missioni all'estero^[2]. La sentenza in commento – confermando l'impostazione del giudice veneto di prime cure^[3] – conferma la responsabilità della pubblica amministrazione per tali danni fornendo un interessante affresco sul complesso dei rispettivi doveri nel rapporto tra l'amministrazione della difesa e il militare impiegato nelle missioni “di pace”. Da tale analisi – si anticipa sin d'ora – viene delineata una responsabilità “*da posizione*” della pubblica amministrazione a cui si ricollega un preciso dovere di proteggere il cittadino-soldato da ogni forma prevedibile e prevenibile di pericolo (non strettamente dipendente da azioni belliche), garantendogli i più adeguati strumenti di tutela per la sua salute

e adottando ogni misura idonea ad evitare i danni derivanti da lesioni alla sua integrità fisica e morale.

2. Il caso di specie.

Il caso di specie riguarda un militare, capitano dell'esercito italiano, che si rivolge al giudice amministrativo per ottenere il risarcimento del danno conseguente all'infermità derivata dalla sua partecipazione ad alcune missioni all'estero (in Bosnia e in Somalia) nel corso delle quali sarebbe stato esposto al contatto con sostanze contaminanti altamente tossiche, fra le quali l'uranio impoverito. La fondatezza della pretesa risarcitoria, secondo l'impostazione del ricorrente, sarebbe indirettamente confermata sia dal riconoscimento amministrativo della dipendenza della patologia da causa di servizio, sia dall'attribuzione della qualità di "vittima del dovere", con i conseguenti benefici economici. Il T.A.R. Veneto adito, previo esperimento di apposita C.T.U. affidata ad un dirigente medico dell'I.N.A.I.L., ha dichiarato la sussistenza del nesso causale fra l'esposizione all'uranio impoverito e la neoplasia diagnosticata al militare, riconoscendogli un grado di invalidità del 30% e liquidandogli il conseguente danno non patrimoniale secondo le Tabelle di Milano per l'anno 2014^[4], previa *compensatio lucri cum damno*^[5]. Avverso tale sentenza il Ministero della difesa ha presentato appello con il quale: in rito, ha riproposto l'eccezione di incompetenza territoriale del T.A.R. Veneto e, nel merito, ha contestato la sussistenza del nesso di causalità tra neoplasia e il servizio svolto in missione dal militare sostenendo, da una parte che non «*non risulta comprovato l'utilizzo di uranio impoverito in Somalia*» e, dall'altra, che il Ministero resistente «*fino al dicembre 2000 non era a conoscenza dell'impiego di munizionamento all'uranio impoverito in Bosnia*». Il Consiglio di Stato rigetta il proposto appello confermando la responsabilità dell'amministrazione della difesa per il risarcimento del danno subito dal militare.

3. La competenza del giudice amministrativo: sede di servizio o residenza del danneggiato?

Prima di affrontare il merito della questione, il Consiglio di Stato si pronuncia sull'eccezione di difetto di competenza territoriale del T.A.R. adito riproposta in appello. Secondo il Ministero appellante al caso di specie si dovrebbe applicare il disposto dell'art. 13, comma 2 c.p.a. che prevede un'ipotesi di competenza funzionale in relazione alle controversie riguardanti pubblici dipendenti per le quali sarebbe inderogabilmente competente il Tribunale nella cui circoscrizione territoriale è situata la sede di servizio del dipendente^[6]. Il Giudice d'appello sul punto, però, ritiene di condividere quanto affermato dal T.A.R. Veneto (ritenutosi competente) secondo il quale la succitata ipotesi di competenza funzionale presuppone l'attualità del rapporto di servizio che, nel caso di specie, era già venuta meno all'atto del radicamento del giudizio di prime cure. Deve, pertanto, applicarsi l'ordinario criterio generale dell'estensione territoriale della *res controversa*, nel caso in questione limitata al Veneto, Regione di residenza del ricorrente all'epoca dell'introduzione del giudizio.

Questione non trattata dalla sentenza in commento, invece, è quella relativa alla giurisdizione su tali richieste risarcitorie che, nel recente passato, è stata spesso contesa dal giudice amministrativo e da quello ordinario. Secondo l'orientamento ormai consolidato della Corte di cassazione, il riparto della giurisdizione, rispetto ad una domanda di risarcimento danni

per la lesione della integrità psico-fisica proposta da un pubblico dipendente nei confronti dell'amministrazione, è strettamente subordinata all'accertamento della natura giuridica dell'azione di responsabilità in concreto proposta: se viene fatta valere la responsabilità contrattuale dell'ente datore di lavoro, la cognizione della domanda rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; se, invece, è stata dedotta la responsabilità extra-contrattuale, la giurisdizione spetta al giudice ordinario^[7]. Quindi, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la domanda proposta da un militare italiano nei confronti del Ministero della difesa per il risarcimento dei danni alla salute subiti in conseguenza dell'esposizione all'uranio impoverito *«essendo stata dedotta quale condotta colposa dell'Amministrazione l'averlo fatto operare in un ambiente irreversibilmente inquinato senza fornirgli le necessarie dotazioni di sicurezza e senza averlo informato dei rischi connessi all'esposizione e perciò sulla base di una condotta che non presentava un nesso meramente occasionale con il rapporto di impiego, ma costituiva la diretta conseguenza dell'impegno del militare in un "teatro operativo", senza adempiere, secondo l'assunto, all'obbligo di provvedere alla tutela del personale impiegato nelle operazioni»*^[8].

4. Il dovere del militare di esporsi al pericolo e il dovere dell'amministrazione di circoscrivere i rischi prevedibili e prevenibili.

Passando all'analisi del merito della questione, il Collegio d'appello individua quali sono i rischi rispettivamente ascrivibili in capo all'amministrazione e al singolo militare, col fine di individuare (o meno) la responsabilità della pubblica amministrazione per i danni subiti dal soldato nell'ambito delle missioni svolte all'estero.

Secondo la sentenza, per evitare la propria responsabilità, l'amministrazione della difesa sarebbe giuridicamente tenuta: ad informarsi preventivamente della concreta ed effettiva situazione (militare, politica, sociale, sanitaria, ambientale) del contesto operativo; ad accertarsi della piena idoneità psico-fisica dei militari, adottando tutte le opportune profilassi; a fornire al personale tutti gli strumenti di protezione individuale ragionevolmente utili al fine di prevenire i possibili rischi, ivi inclusi quelli connotati da una bassa probabilità statistica.

Per quanto riguarda i doveri del militare, invece, esso avrebbe il dovere giuridico di esporsi ad una serie di pericoli connessi alla sua presenza in un contesto di guerra (c.d. rischio bellico), ossia: il pericolo recato dalle forze nemiche; i rischi inevitabilmente connessi con l'uso, il maneggio e la conservazione del materiale bellico; l'ontologica insidia recata dalla permanenza fisica in contesti operativi instabili e in quanto tali pericolosi, benché formalmente pacificati.

Quindi, questo dovere del militare di esporsi al c.d. rischio bellico non può essere inteso come base per affermare che sul militare grava ogni tipo di rischio dipendente dalla sua presenza fisica nel teatro delle operazioni, poiché ad esso si contrappone il dovere della pubblica amministrazione di proteggere il cittadino-soldato dagli altri pericoli *in loco*, ossia quelli non strettamente dipendenti dalle azioni belliche, dotandolo dei necessari presidi sanitari e di equipaggiamenti adeguati.

Pertanto, sul militare grava il c.d. rischio bellico, mentre sull'amministrazione grava l'insieme dei diversi e ulteriori rischi connessi alla presenza del militare in tale contesto, sempre che

siano rischi concretamente prevedibili (in quanto non implausibili) ed oggettivamente prevenibili.

5. La responsabilità dell'amministrazione della difesa in qualità di ente datore di lavoro.

Premesso tale riparto dei rischi tra l'amministrazione della difesa e il militare, il Collegio entra in *medias res* cercando di indagare se il comportamento omissivo della pubblica amministrazione possa costituire fonte di responsabilità per i danni subiti dal ricorrente. A tal riguardo viene evidenziato che l'amministrazione della difesa, quale datore di lavoro, è sottoposta agli obblighi di protezione stabiliti dall'art. 2087 c.c., che impone a quanti ricorrono all'utilizzo di energie lavorative di terzi di adottare le misure idonee, secondo un criterio di precauzione e di prevenzione, a «*tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*». La disposizione, secondo il Collegio, enuclea un dovere di protezione che ha valore di principio generale nell'approntare una tutela del prestatore di lavoro e, come tale, integra un referente normativo di impatto sistemico che trova applicazione anche nel caso del rapporto di impiego o, comunque, di servizio fra il militare e l'amministrazione della difesa.

La sentenza in commento, quindi, si inserisce in quel filone giurisprudenziale, divenuto maggioritario in tempi recenti, che qualifica la responsabilità dell'amministrazione della difesa per i danni subiti dai militari nelle missioni all'estero come una responsabilità contrattuale in base all'art. 2087 c.c.^[9]. Ciò non toglie, sempre secondo la pronuncia, che all'effettività si debba applicare anche l'art. 2050 c.c., il quale, pur se dettato in punto di responsabilità extra-contrattuale, ha una potenzialità normativa "espansiva", in quanto anch'esso costituisce l'espressione di un principio generale. Secondo questa norma le conseguenze dannose delle attività pericolose gravano in capo a colui che le pone in atto, salva la prova dell'adozione di «*tutte le misure idonee ad evitare il danno*».

Tali generali coordinate normative vengono poi calate nella specificità delle funzioni dell'amministrazione della difesa che invii personale militare in missione: infatti, le misure che deve adottare il datore di lavoro militare risentono della particolarità del lavoro svolto dal soldato. L'amministrazione è tenuta, prima di procedere all'esecuzione materiale della missione, ad una rigorosa analisi del contesto ambientale, ad una puntuale enucleazione dei possibili fattori di rischio e, quindi, ad una conseguente individuazione delle misure tecnico-operative concretamente disponibili e potenzialmente idonee ad eliminare o, comunque, ad attenuare il più possibile i rischi per la salute dei militari.

6. Il nesso eziologico del "più probabile che non".

Una volta inquadrata la responsabilità della pubblica amministrazione nell'ambito del *genus* di quella contrattuale datoriale ex art. 2087 c.c., il Collegio svolge delle interessanti considerazioni relative al nesso eziologico, osservando che «*in tema di illecito civile, il nesso causale ha veste probabilistico-statistica ("più probabile che non") e non richiede, dunque, quella certezza di contro propria dell'accertamento penale*». Tale carattere "attenuato" della prova richiesta in ordine

all'elemento causale del danno civile è, se possibile, ancor più pregnante e giuridicamente necessario quando – come nel caso di specie – i danni lamentati afferiscano alla dimensione della tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore, mettendone a rischio la sua incolumità fisica durante lo svolgimento di un servizio (la “*difesa della Patria*”) di vitale importanza per la Repubblica (“*sacro dovere del cittadino*” ex art. 52 cost.), anche considerando che, per evitare i danni alla salute dei militari, siano concretamente disponibili e ragionevolmente implementabili mezzi di protezione individuale^[10]. Sempre in relazione alla “tenuta” del nesso causale probabilistico, il Collegio afferma che, nel caso in questione, difettano spiegazioni eziologiche alternative alla patologia o dati scientifici che consentano di escludere il rischio per la salute umana da esposizione all'uranio impoverito.

7. La notorietà del pericolo.

Analizzata la “consistenza” del nesso di causalità, viene verificato se il fattore di rischio per la salute sia conoscibile dal datore di lavoro (amministrazione della difesa) al momento dell'impiego del militare nella missione, essendo, quello psicologico, un elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità contrattuale ex art. 2087 c.c. Sul punto le argomentazioni svolte dalla difesa dell'amministrazione – dirette a dimostrare l'ignoranza sul munizionamento di uranio impoverito in Somalia e la conoscenza della presenza dello stesso in Bosnia solo a partire dal 2000 – vengono ritenute prive di pregio. Il Collegio sostiene che sarebbe stato tra i doveri della pubblica amministrazione informarsi (ed accertare) presso le parallele strutture della difesa degli alleati della N.A.T.O. circa il tipo di munizionamento utilizzato durante i pregressi eventi bellici, al fine di individuare l'equipaggiamento più opportuno ed indicare le migliori procedure per tutelare la sicurezza del proprio personale militare. Infatti, sulla conoscibilità del pericolo derivante alla salute umana dall'uso di uranio impoverito in determinate zone, la giurisprudenza è consolidata nell'affermare che *«sono state svolte diverse indagini e studi da parte di organismi internazionali sulla base dei quali sono state adottate specifiche misure di protezione dal Governo degli Stati Uniti, l'ONU e la NATO, conosciute dallo Stato Italiano sin dal 1992 (relazione di Eglin relativa alla Ricerca condotta nel 1977-78; rapporto US Army Mobility Equipment Research and Development Command del 1979; Conferenza di Bagnoli del 1995)»*[11].

Inoltre, secondo il Collegio, nel caso di specie, da una parte è circostanza nota che nell'ex Jugoslavia era stata condotta una campagna di bombardamenti con conseguente presenza di un potenziale (e non implausibile) rischio di inalazione umana di sostanze tossiche e, dall'altra, in Somalia le apposite linee guida elaborate dalle forze armate statunitensi all'indomani dell'operazione O.N.U. “*Restore Hope*” dimostrano, sia pure indirettamente, la presumibile presenza di uranio impoverito anche nel teatro africano.

8. La necessità del fattore causale fortuito.

Ciò premesso sul nesso di causalità e sulla conoscibilità della pericolosità dell'esposizione dei militari all'uranio impoverito nelle zone considerate, l'amministrazione della difesa, per evitare l'addebito della responsabilità, dovrebbe provare la sussistenza in concreto delle circostanze straordinarie non prevedibili che hanno causato il danno al militare. Infatti, come

correttamente evidenzia il medesimo Consiglio di Stato in altra pronuncia, se all'interessato basta dimostrare l'insorgenza della malattia in termini probabilistico-statistici, la pubblica amministrazione è gravata da un onere d'istruttoria e di motivazione assai stringente circa la sussistenza in concreto delle circostanze straordinarie esimenti la propria responsabilità^[12]. Nel caso di specie, infatti, il Collegio adito evidenzia come *«alla luce della peculiarità dello specifico contesto operativo, del carattere contrattuale della responsabilità dell'Amministrazione, dei valori primari in gioco, della mancata adozione degli accorgimenti pur apprestati dagli Alleati a beneficio del proprio personale, dell'impegno prettamente operativo e "sul campo" svolto dall'odierno resistente, gravasse sull'Amministrazione l'onere di fornire, a contrario, un principio di prova circa l'intervento di un fattore oncogenetico alternativo e diverso rispetto all'esposizione al DU ed ai metalli pesanti»*. Sempre sull'onere probatorio gravante in capo alla pubblica amministrazione viene evidenziato poi che *«la prova liberatoria non può consistere semplicemente nell'invocare il fattore causale ignoto, ma deve spingersi sino a provare convincentemente il fattore causale fortuito, ossia quello specifico agente, non prevedibile e, comunque, non prevenibile, che ha provocato l'evento di danno»*.

9. Il dictum della sentenza.

Il Consiglio di Stato, nella scia della più recente giurisprudenza civile e amministrativa, fornisce un'ulteriore conferma alla risarcibilità dei danni patiti dai militari a causa della loro esposizione all'uranio impoverito. Nelle ipotesi di missioni all'estero l'amministrazione della difesa versa in una condizione di responsabilità *lato sensu* di "posizione" nei confronti del militare, a cui fa eccezione il solo rischio oggettivamente imprevedibile (giuridicamente qualificabile alla stessa stregua del caso fortuito) ma in cui, viceversa, rientra il rischio da esposizione ad elementi che, benché non ancora scientificamente acclarati come sicuro fattore eziopatogenetico, vengono ritenuti tali in base ad un giudizio di non implausibilità logico-razionale. Pertanto, la *diligentia* cui è tenuta la pubblica amministrazione nell'adottare ogni misura possibile di prevenzione per la tutela dei propri dipendenti deve porsi ad un livello molto alto. L'amministrazione della difesa, per evitare di essere responsabile, non potrà limitarsi ad eccepire il fattore causale ignoto, ma dovrà riuscire a provare il fattore causale fortuito, ossia una causa non prevedibile e, comunque, non prevenibile.

[1] Sugli aspetti generali della responsabilità della pubblica amministrazione, senza alcuna pretesa di esaustività, ci si limita a segnalare i seguenti contributi: R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Milano, 1953; D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998; F. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Padova, 2000; M. CORRADINO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 2011; M. RENNA, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione: profili sostanziali*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, 2016, p. 800 ss.

[2] Sul punto A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 45, ci ricorda che l'art. 603, commi 1 e 2, d.lgs. n. 66/2010 riconosce *«al personale italiano entro e fuori i confini nazionali in occasione o a seguito di missioni di qualunque natura, nonché al personale impiegato nei poligoni di tiro e nei siti dove vengono stoccati munizionamenti, e al personale civile italiano nei teatri operativi all'estero e nelle zone adiacenti alle basi militari sul territorio nazionale, adeguati indennizzi in caso di infermità o patologie tumorali per le particolari condizioni ambientali od operative»*.

[3] I riferimenti della sentenza del T.A.R. Veneto di primo grado risultano oscurati nell'ambito della pronuncia di appello al pari delle generalità del ricorrente.

[4] Sulla legittimità dell'utilizzo delle Tabelle di Milano per la liquidazione del risarcimento del danno all'integrità psico-fisica subita da un militare in conseguenza all'esposizione dell'uranio impoverito si veda: T.A.R. Campania (Napoli), Sez. VII, 5 agosto 2010, n. 17232, in *Foro it.*, 2010, 11, III, p. 594 ss.

[5] Secondo la Corte di cassazione (vedasi *ex multis*: Cass. civ., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 31007, in *www.dejure.it*) dal risarcimento del danno spettante al militare che abbia contratto una patologia tumorale a seguito dell'esposizione all'uranio impoverito durante una missione internazionale va detratto, in applicazione del principio della "compensatio lucri cum damno", l'indennizzo a questi erogato ex art. 2, commi 78 e 79, l. n. 244/2007 (*ratione temporis* applicabile), essendo una elargizione avente finalità compensativa posta a carico del medesimo soggetto (pubblica amministrazione) obbligato al risarcimento del danno.

[6] Per un'analisi delle regole di riparto della competenza nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, tra le tante trattazioni manualistiche, si segnalano i seguenti contributi: A. POLICE, *La competenza*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 127 ss. e M.M. FRACANZANI, *La competenza per territorio, materia e grado del giudice amministrativo. Il regolamento di competenza*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, p. 245 ss.

[7] In tal senso si esprime: Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2014, n. 9666, in *Foro Amministrativo (II)*, 2014, 9, p. 2227 ss. La sentenza precisa al riguardo che: «L'accertamento del tipo di responsabilità azionato prescinde dalle qualificazioni operate dall'attore, anche attraverso il richiamo strumentale a singole norme di legge, quali l'art. 2087 c.c. o l'art. 2043 cod. civ., mentre assume rilievo decisivo la verifica dei tratti propri dell'elemento materiale dell'illecito, e quindi l'accertamento se il fatto denunciato violi il generale divieto di "neminem laedere" e riguardi, quindi, condotte dell'amministrazione la cui idoneità lesiva possa esplicarsi indifferentemente nei confronti della generalità dei cittadini come nei confronti dei propri dipendenti, costituendo in tal caso il rapporto di lavoro mera occasione dell'evento dannoso, ovvero consegna alla violazione di obblighi specifici che trovino al ragion d'essere nel rapporto di lavoro, nel qual caso la natura contrattuale della responsabilità non può essere revocata in dubbio».

[8] Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2014, n. 9666, cit. In senso conforme si veda anche la più risalente: Cass. civ., Sez. Un. civ., 4 marzo 2008, n. 5785, in *www.dejure.it*. Tra le sentenze del giudice amministrativo si segnala: T.A.R. Campania (Napoli), Sez. VII, 5 agosto 2010, n. 17232, cit.

[9] La natura della responsabilità dell'amministrazione della difesa per i danni subiti dai militari nelle missioni all'estero è stata spesso dibattuta in giurisprudenza. Secondo un primo orientamento tale responsabilità deve essere ascritta alla *genus* della responsabilità extra-contrattuale di cui all'art. 2043 c.c. (in tal senso vedasi *in primis* la nota sentenza Trib. Roma, Sez., XXII, 1° dicembre 2009, n. 10431, in *Foro it.*, 2010, 2, I, p. 676 ss., seguita da diverse altre pronunce tra cui si cita *ex multis* Cass. civ., Sez. III, 15 luglio 2009, n. 16456, in *Foro it.*, Mass. 2009). Un diverso orientamento, col tempo divenuto maggioritario, inquadra detta responsabilità nell'alveo dell'art. 2087 c.c. e, quindi, nella categoria della responsabilità contrattuale del datore di lavoro (in tal senso si vedano *ex multis*: Trib. Roma, Sez. XIII, 15 luglio 2009, n. 16320, in *www.dejure.it*, T.A.R. Campania (Napoli), Sez. VII, 5 agosto 2010, n. 17232, T.A.R. Valle d'Aosta (Aosta), Sez. I, 20 settembre 2017, n. 56 e T.A.R. Toscana (Firenze), Sez. I, 18 aprile 2017, n. 564, tutte consultabili in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[10] Il criterio del "più probabile che non" è stato posto alla base della responsabilità dell'amministrazione della difesa in diverse altre sentenze. A titolo esemplificativo si può citare T.A.R. Calabria (Catanzaro), Sez. II, 2 ottobre 2014, n. 1568, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale «a causa dell'impossibilità di stabilire, sulla base delle attuali conoscenze scientifiche, un nesso diretto di causa-effetto, e per il riconoscimento del concorso di altri fattori collegati ai contesti fortemente degradati ed inquinati dei Teatri Operativi, non debba essere richiesta la dimostrazione dell'esistenza del nesso causale con un grado di certezza assoluta, essendo sufficiente la dimostrazione, in termini probabilistico-statistici...». In termini analoghi vedasi anche T.A.R. Liguria (Genova), Sez. I, 29 settembre 2016, n. 956, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale «il verificarsi dell'evento costituisce ex se un dato sufficiente, secondo il cosiddetto "criterio di probabilità", a far sì che le vittime delle patologie abbiano diritto ai benefici previsti dalla legislazione vigente ogni qual volta, accertata l'esposizione del militare all'inquinante in parola, l'amministrazione non riesca a dimostrare che essa non abbia determinato l'insorgenza della patologia e che questa dipenda, invece, da fattori esogeni dotati di autonoma ed esclusiva portata eziologica». In senso conforme vedasi anche Cons. St., Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 837, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[11] T.A.R. Calabria (Catanzaro), 2 ottobre 2014, n. 1568, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso analogo si vedano anche: T.A.R. Piemonte (Torino), Sez. I, 6 marzo 2015, n. 429, T.A.R. Emilia-Romagna (Parma), 11 ottobre 2016, n. 284, T.A.R. Friuli Venezia Giulia (Trieste), Sez. I, 19 giugno 2014 n. 308, Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4440, tutte consultabili in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul punto il Collegio precisa che (par. 8.2 della sentenza in commento) «Non può, peraltro, sottacersi che, stante la pluridecennale partecipazione italiana alla NATO, alleanza organica ed integrata di carattere militare, è del tutto ragionevole presumere che i massimi vertici dell'Amministrazione della difesa ben conoscessero la tipologia di armamento anti-carro in dotazione agli Alleati, rappresentata appunto, fra l'altro, da proiettili DU».

[12] In tal senso vedasi Cons. St., Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 837, cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1799 – 15 giugno 2021

Attualità del giudice amministrativo

di Carlo Emanuele Gallo

Sommario: 1. Pandemia covid, *recovery plan* e giudice amministrativo - 2. Il giudice amministrativo giudice del potere - 3. Il giudice amministrativo di fronte al diritto soggettivo - 4. I problemi della tutela in concreto - 5. I rapporti con il giudice ordinario.

1. Pandemia covid, *recovery plan* e giudice amministrativo. – Il diffondersi della pandemia e le iniziative pubbliche assunte dall'esecutivo per porre rimedio alla sua diffusione così come le possibilità di intervento riformatore connesse all'attuazione del *recovery plan* hanno rinnovato l'attenzione critica nei confronti del giudice amministrativo e del ruolo che questi svolge nell'ordinamento.

Si sono ripetute infatti considerazioni sfavorevoli sul fatto che il giudice amministrativo intervenga nei confronti di ordinanze d'urgenza o incida su provvedimenti finalizzati alla realizzazione di questo o di quell'altro intervento in tema di lavori o di servizi: l'occasione è stata colta per rimettere in discussione la funzione e l'esistenza stessa del complesso T.A.R. – Consiglio di Stato come autonoma giurisdizione.

La riflessione della letteratura scientifica e degli operatori del settore ha avuto perciò ragione di dedicare al tema un rinnovato interesse^[1].

Le critiche mosse all'esistenza e al ruolo del giudice amministrativo sono ingiuste e contraddittorie. Sono ingiuste perché il giudice amministrativo è previsto dalla Costituzione a tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, cosicché la sua

eliminazione costituisce una obiettiva riduzione della tutela del cittadino, in quanto comporta l'eliminazione di uno specifico rimedio che il costituente ha ritenuto necessario nei confronti dei pubblici poteri[2].

Si tratterebbe di una scelta non solo sconsiderata, posto che la tutela giurisdizionale è uno dei fondamenti dello stato di diritto e la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione lo è ancora di più, ma anche perché a livello europeo vengono mosse critiche frequenti e fondate nei confronti dei paesi che mettono in crisi il sistema di tutela nei confronti dei pubblici poteri[3], ma altresì incomprensibile ove si tenga conto che il giudice amministrativo, negli ormai oltre centotrent'anni dalla sua istituzione nell'Italia unita, con l'aiuto della giurisprudenza della Corte Costituzionale, delle opinioni della letteratura e degli interventi del legislatore ha progressivamente accresciuto la sua capacità di rendere giustizia, arrivando ad un livello di efficacia che è riconosciuto da pressoché tutti gli operatori del settore[4].

La valutazione negativa delle ipotesi abolizioniste vale non soltanto per quella di integrale soppressione del giudice amministrativo, per il vero di rarissima proposta, ma anche per quella, più sottile, che prevede la trasformazione del giudice amministrativo in una sezione specializzata del giudice ordinario: anche questa proposta infatti condurrebbe alla scomparsa dell'esperienza e del ruolo del Consiglio di Stato, così come si sono formati nei centotrent'anni richiamati, con un sostanziale arretramento del livello di protezione del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, che è quanto si è verificato per il pubblico impiego assegnato al giudice ordinario. Il ruolo del giudice amministrativo e il suo posto all'interno della tutela giurisdizionale non possono essere ridotti ma debbono anzi essere incrementati.

L'atteggiamento esasperatamente critico e soppressivo è altresì contraddittorio, poiché allorché si lamenta il pregiudizio arrecato da una sentenza di annullamento nei confronti dell'interesse pubblico perseguito dal provvedimento annullato o si lamenta il pregiudizio arrecato al soggetto aggiudicatario di un contratto allorché il medesimo venga dichiarato inefficace, si dimentica che, di fronte a questi, vi sono i soggetti pregiudicati vuoi dal provvedimento autoritativo vuoi dal contratto stipulato dalla pubblica amministrazione.

Si tratta molto spesso di soggetti, i controinteressati, che sono dal punto di vista sociologico esattamente corrispondenti a coloro che hanno proposto il ricorso.

Il che non significa, però, che il giudice amministrativo non debba rivedere il suo atteggiamento nei confronti della pubblica amministrazione, al fine di rendere la sua funzione più efficace e più garantista per il cittadino; ma questa stessa riflessione dev'essere compiuta dal giudice ordinario, che molto spesso non esercita i poteri di cui dispone nei confronti della pubblica amministrazione o assume degli atteggiamenti di protezione della medesima che non sono giustificati.

Il problema di fondo è che giudicare dell'amministrazione è delicato, poiché si rischia di amministrare e poiché il giudice, qualunque sia, consapevole delle esigenze del pubblico interesse – ed è bene che sia così – molto spesso si trova in difficoltà a scegliere la soluzione conforme al diritto.

2. Il giudice amministrativo giudice del potere. – Il giudice amministrativo è il giudice del potere amministrativo è cioè il giudice del potere che nel nostro ordinamento è riconosciuto, unico, con la caratteristica di modificare unilateralmente, in assenza di qualsivoglia precedente determinazione consensuale anche implicita, la posizione giuridica del destinatario. Questa configurazione del potere amministrativo è unica^[5] perché soltanto al fine di perseguire il pubblico interesse è possibile introdurre nell'ordinamento una disparità tra soggetti dell'ordinamento generale medesimo, che altrimenti costituirebbe una violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Per questa ragione, d'altro canto, il giudice amministrativo è stato a suo tempo istituito e la situazione non è significativamente mutata rispetto a quella denunciata da Silvio SPAVENTA nel suo discorso di Bergamo del 1880. Anche oggi occorre che il giudice amministrativo intervenga per riportare l'amministrazione pubblica al rispetto della legge ed evitare che vi possano essere scelte dissennate oppure contrastanti con la realtà di fatto e di diritto oppure ispirate a scopi non corrispondenti a quelli previsti dalla legge.

Ne consegue che il potere di annullamento è essenziale per il giudice amministrativo e che l'annullamento ove richiesto dev'essere sempre dispensato (come del resto bene ha detto l'Adunanza plenaria)^[6]. È evidente che rispetto a questa impostazione, che il giudice amministrativo segue rigorosamente limitando al massimo l'esistenza degli atti politici che sono gli unici provvedimenti che sfuggono al suo sindacato, è dissonante il riconoscimento dell'esistenza di una sfera di attività di enti pubblici rispetto alla quale il potere di annullamento non può essere esercitato: il riferimento, ovviamente, è al mondo dello sport e all'ambito limitato della giustizia sportiva, che è stato legittimato in questi termini anche di recente dalla Corte Costituzionale con una pronuncia che non è in sé condivisibile e che se intesa nella sua absolutezza (non è detto che la tutela nei confronti della p.a. sia sempre una tutela di annullamento) sarebbe da respingere ma che è viceversa giustificata soltanto dal fatto che ammettere una tutela giurisdizionale in una materia nella quale la sensibilità popolare è così vivace significherebbe trascinare il giudice amministrativo perennemente nelle piazze (così come, in effetti, succedeva allorché la giustizia amministrativa poteva occuparsi di questo tipo di problematiche).

Il fatto che il potere del giudice amministrativo possa annullare i provvedimenti amministrativi non significa che egli si debba limitare a una pronuncia cassatoria poiché, come da tempo è stato riconosciuto dalla giurisprudenza sulla scorta dell'autorevole opinione di Mario NIGRO, ben più numerosi sono gli effetti del giudicato amministrativo, effetti che giungono a consentire al giudice di individuare qual è il provvedimento corretto che l'amministrazione pubblica deve assumere.

Va subito detto che non si può criticare la scelta qualche volta eccessivamente interventista del giudice amministrativo: al di là del fatto che si tratta di ipotesi molto limitate, è molto meglio ed è più conforme al sistema un giudice che è più efficace^[7] piuttosto che un giudice che rinuncia alla sua funzione^[8]. Il giudice infatti non può arrestarsi al *non liquet*, che non significa, come ritiene la Corte di Cassazione, che sia legittimo scegliere per decidere la ragione più liquida, e cioè quella più facilmente individuabile, ma significa invece che il giudice non può rifiutarsi di individuare la soluzione alla questione che gli è sottoposta, ancorché la medesima sia di difficile discernimento. Molto spesso, poi, l'intervento che può sembrare sopra le righe del giudice amministrativo è conseguenza della confusione che vi è a livello normativo, che rende evanescente la distinzione tra giurisprudenza dei concetti e

giurisprudenza degli interessi poiché costringe il giudice ad individuare di volta in volta in una congerie di disposizioni contraddittorie e ridondanti qual è la *ratio* che deve seguire alla luce della Costituzione.

Il fatto che il giudice amministrativo sia il giudice del potere e che l'annullamento sia l'elemento centrale della sua funzione non significa però che egli non debba svolgere la sua attività anche allorché l'amministrazione pubblica non procede, rimanendo inerte definitivamente o per lungo tempo ritardando l'assunzione dei provvedimenti che le spettano. Il cittadino infatti è danneggiato sia dal provvedimento illegittimo sia dall'assenza del provvedimento o dal suo tardivo intervento. La scelta della giurisprudenza, in qualche misura accompagnata dal Codice, di consentire perciò interventi incisivi è una scelta anche in questo caso da condividere e si deve ribadire che il fatto che l'amministrazione rimanga inerte non giustifica una diminuzione della tutela, potendo il giudice amministrativo nei confronti del silenzio arrestarsi soltanto laddove vi sia una valutazione assolutamente discrezionale che non è in nessun modo anticipabile in giudizio. Si tratta peraltro di ipotesi rarissime^[9] di modo che, di norma, il giudice amministrativo è sempre in grado di individuare il provvedimento che dev'essere adottato (è sufficiente non dilatare le ipotesi di discrezionalità assoluta e considerare invece quanti limiti in ordine all'*an*, al *quomodo* e al *quando* sono previsti dal legislatore o sono stati introdotti dalla stessa amministrazione nei precedenti atti normativi o generali o nelle precedenti fasi del procedimento).

In considerazione del fatto che la Costituzione distingue le giurisdizioni sulla base della posizione soggettiva, il giudice amministrativo può conoscere della lesione di interessi legittimi, che sono la posizione soggettiva connessa all'esercizio del potere^[10].

Non si tratta però di una connessione episodica, e cioè legata al singolo provvedimento, come si riteneva alla fine dell'800, e nemmeno di una connessione che sia legata soltanto all'inizio del procedimento, come in qualche misura era possibile ritenere sulla base della legge 7 agosto 1990, n. 241 ma invece di una connessione stabile, che lega il cittadino all'amministrazione pubblica ogni qualvolta la sua posizione soggettiva sia contemplata dal legislatore in relazione all'esercizio del potere amministrativo. Così, il proprietario di un terreno è legato all'amministrazione già dal momento in cui la medesima si pone il problema della pianificazione essendovi tenuta dalla legge e cioè ben prima che lo stesso procedimento di pianificazione sia attuato: la riprova sta nel fatto che è possibile al cittadino richiedere all'amministrazione di completare la pianificazione con riferimento alle zone bianche, che siano un reliquato, cosa che ovviamente non potrebbe fare se l'interesse legittimo nascesse soltanto nel momento in cui l'amministrazione avvia il procedimento di pianificazione.

Questo rapporto con l'amministrazione, che è qualificabile come rapporto giuridico amministrativo, giustifica i poteri più incisivi che il giudice amministrativo ha e anche la configurazione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di spettanza e cioè come giurisdizione che deve giungere, ove la domanda sia fondata, ad individuare qual è il bene della vita che spetta al cittadino. Questo è possibile però soltanto se la domanda è fondata anche con riferimento al rinnovato esercizio del potere dell'amministrazione e pertanto anche con riguardo agli eventuali margini di discrezionalità che il giudice amministrativo può ripercorrere.

Se l'azione viceversa non è fondata, questo non significa che non esista l'interesse legittimo ma semplicemente che i vizi denunciati non sussistono; l'interesse legittimo per questa

ragione non ha in sé come patrimonio ineluttabile il bene della vita costituito dal provvedimento amministrativo favorevole ma ha in sé soltanto il bene della vita costituito dalla pretesa che l'amministrazione proceda nel rispetto della legge, il che può significare che giunga ad adottare il provvedimento favorevole oppure no.

È questa la differenza rispetto alla situazione in cui ci si trova avanti il giudice ordinario, che decide sul diritto soggettivo, di modo che il diritto soggettivo esiste se il bene della vita preteso spetta, non esiste se il bene della vita preteso non spetta^[11].

3. Il giudice amministrativo di fronte al diritto soggettivo. – La configurazione che si è illustrata muta, come è ben noto, allorché il legislatore attribuisce al giudice amministrativo la cognizione anche del diritto soggettivo: in questo caso, infatti, il giudice amministrativo si deve comportare come un giudice ordinario, e quindi deve provvedere esattamente negli stessi termini^[12].

Anche la pretesa al risarcimento del danno da lesione all'interesse legittimo corrisponde ad un diritto soggettivo, come bene ha detto la Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 500 del 1999. L'interesse legittimo in sé non ha una pretesa risarcitoria, ma può dar luogo ad una pretesa risarcitoria od anche ad una pretesa indennitaria.

L'affermazione compiuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, secondo la quale il risarcimento da lesione dell'interesse legittimo è un completamento della tutela dell'interesse legittimo stesso, è stata compiuta soltanto per contrastare l'opinione in forza della quale, poiché l'interesse legittimo è la posizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, così facendo si sarebbe riconosciuto al giudice amministrativo un caso di giurisdizione esclusiva di carattere generale, e perciò non corrispondente ai rigidi paletti introdotti dall'art. 103 Cost.. In realtà, il problema non esisteva perché il risarcimento dalla lesione degli interessi legittimi è in sé una particolare materia, diversa dal diritto soggettivo al risarcimento per la lesione di diritti soggettivi.

Non vi è comunque motivo per ridurre il numero e l'ampiezza delle materie di giurisdizione esclusiva, poiché anche oggi l'eliminazione della difficoltà in ordine all'individuazione del giudice al quale rivolgersi, inevitabile a fronte della pluralità delle giurisdizioni, è una obiettiva situazione di vantaggio. Va da sé che la giurisdizione esclusiva non può essere così dilatata da eliminare la pluralità delle giurisdizioni, ma non è nemmeno comprensibile che la funzione semplificatrice della medesima venga vanificata con l'individuazione all'interno di ogni materia delle controversie attribuite al giudice amministrativo oppure no, così come fa attualmente la Corte di Cassazione. Il sistema infatti per essere utile dev'essere accessibile.

Quanto detto in ordine alla giurisdizione esclusiva può essere confermato anche per quanto concerne la giurisdizione anche in merito, che talvolta interessa diritti soggettivi talvolta no, poiché la possibilità per il giudice amministrativo di conoscere anche dell'opportunità dell'atto e di adottare interventi sostitutivi dell'amministrazione è una possibilità che amplia la tutela del cittadino: se già alla fine dell'800 il legislatore, pur provenendo da un sistema nel quale la giurisdizione amministrativa era stata soppressa come giurisdizione del contenzioso, ha ritenuto di poter mantenere dei casi di giurisdizione anche in merito, non si vede perché, nel momento in cui l'esigenza della tutela giurisdizionale nei confronti della p.a. è più

avvertita ed è garantita a livello costituzionale possa considerarsi un progresso la diminuzione di questa tutela.

La sensazione che si trae da queste opinioni è che non vi sia in realtà una volontà di incrementare il livello di protezione del cittadino ma vi sia o il perseguimento di obiettivi di riconquista di spazi giurisdizionali o la volontà di affermazione di teoriche astratte non più giustificate (da questo punto di vista il riconoscimento della possibilità di risarcimento della lesione di interessi legittimi ha tolto un argomento particolarmente significativo alle tesi di coloro che sostenevano la prevalenza della giurisdizione ordinaria come effettività di tutela).

4. I problemi della tutela in concreto. – Il ruolo del giudice amministrativo e la sua giurisdizione hanno dato origine a un sistema che pressoché tutti ritengono efficace ed apprezzabile. Questo non toglie che vi siano dei profili e degli aspetti per i quali un perfezionamento e un completamento sono necessari, e potrebbero essere anche disposti tempestivamente approfittando appunto del cantiere delle riforme che è in corso di installazione.

Il giudice amministrativo, anche per quanto concerne la verifica della correttezza dell'esercizio del potere, molto spesso si astiene non solo da una verifica puntuale del potere discrezionale, ma anche dall'accertamento specifico della realtà di fatto, sia della realtà di fatto intesa in modo semplice sia dalla realtà di fatto intesa in modo complesso (secondo la nota distinzione tra fatti semplici e fatti complessi). Non si tratta di una limitazione accettabile ed egli dev'essere stimolato a procedere oltre sulla strada dell'accertamento dei fatti e, di conseguenza, occorre eliminare le previsioni restrittive sull'uso della consulenza tecnica d'ufficio e sull'assunzione dei testimoni^[13].

Si tratta di innovazioni processuali che possono indurre il giudice amministrativo ad un uso più incisivo dei poteri istruttori, per l'utilizzazione dei quali potrebbe essere introdotta anche una camera di consiglio ai fini istruttori, che consenta un contraddittorio tra le parti e il giudice anche in ordine a questi provvedimenti indipendentemente dalla fissazione dell'udienza e senza rimettere il tutto al presidente che, come è noto, non è in condizioni materiale di provvedere.

Il giudice amministrativo è poi estremamente restio nell'accordare il risarcimento del danno; l'espressione è eufemistica, poiché nei fatti il giudice amministrativo non accorda il risarcimento dei danni, o individuando ogni possibile ragione per negarlo oppure semplicemente astenendosi dal fissare l'udienza per la discussione dei relativi ricorsi.

Si tratta di un atteggiamento inaccettabile, che talvolta il giudice amministrativo esplicita, e che non tiene conto del fatto che la moderna concezione dell'interesse legittimo comprende in sé l'esistenza di una connessa posizione di diritto soggettivo ai fini risarcitori.

Soltanto l'attivazione di questa possibilità può spingere l'amministrazione pubblica a comportarsi correttamente, cosicché la condanna al risarcimento può svolgere una funzione educativa, come è stato più volte ricordato.

Viceversa, l'assenza di questa condanna legittima un atteggiamento neghittoso della p.a., che non si vede esposta a rischi di nessun genere, nemmeno a livello personale in capo agli amministratori o dirigenti. Da questo punto di vista l'impostazione del giudice amministrativo deve cambiare radicalmente: anche la condanna indennitaria prevista per il ritardo dall'art. 2 bis della legge n. 241 del 1990 non ha avuto nessun successo, come è dimostrato dal fatto che quei rari casi che si individuano nella giurisprudenza sono di rigetto. Viceversa, questo tipo di possibilità dovrebbe essere esplorata con maggior disinvoltura dal giudice amministrativo poiché consente l'applicazione di un'indennità di contenuto sostanzialmente modesto ma significativa della indicazione del dovere di provvedere (e non vi è nessun ostacolo a interpretare la disposizione che ha introdotto questa ipotesi come tutt'ora vigente).

5. I rapporti con il giudice ordinario. – Se il giudice amministrativo è per certi aspetti timoroso nei confronti della pubblica amministrazione, non è più audace il comportamento del giudice ordinario^[14]. Basta considerare che il giudice ordinario non utilizza mai nei confronti della pubblica amministrazione i poteri estremamente incisivi, anche costitutivi, che gli sono attribuiti in materia di controversie di lavoro, riconoscendo alla pubblica amministrazione dei poteri discrezionali insindacabili e incoercibili come se l'amministrazione pubblica fosse un datore di lavoro privato e perciò dilatando a dismisura la libertà organizzatrice dell'imprenditore pubblico, con una drastica riduzione di tutela rispetto a quella che era accordata dal giudice amministrativo^[15].

Ma per il vero, la Corte di Cassazione si è comportata nello stesso modo ogni qualvolta ha dovuto confrontarsi anche indirettamente con l'esercizio del potere, basti pensare alla giurisprudenza in tema di accessione invertita o di occupazione acquisitiva^[16] oppure alla individuazione dei rapporti tra l'indennità di espropriazione e i poteri di pianificazione, per estendere i quali con effetti negativi sulla prima si è dato spazio ad ogni tipo di interpretazione (con l'unico limite del cosiddetto vincolo lenticolare).

La reazione della Cassazione rispetto alle attribuzioni di giurisdizione al giudice amministrativo perciò non pare ispirata alla volontà di accordare maggior tutela ma ispirata piuttosto alla volontà di preservare lo spazio di giurisdizione assegnatole tradizionalmente dall'ordinamento. Si tratta di una vera e propria *actio finium regundorum*^[17], che, però, si è ritorta a danno della Cassazione con la sentenza della Corte Costituzionale 18 gennaio 2018, n. 6, che ha limitato la possibilità di intervento della Corte di Cassazione nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato appunto alla violazione dei confini. La sentenza della Corte Costituzionale è indubbiamente andata al di là di quanto era ragionevole, poiché la valutazione in termini di sussistenza della giurisdizione non è soltanto una valutazione in relazione alla ricomprensione della controversia nelle materie assegnate ma è anche una valutazione in ordine al rispetto dei requisiti fondamentali della funzione giurisdizionale. Tra questa ipotesi potrebbe esservi anche quella della ribellione alle sentenze della Corte di Giustizia. Nel caso esaminato dall'ordinanza della Corte di Cassazione del 18 settembre 2020 n. 19598, però, la ribellione non vi è stata, anche perché nel momento in cui l'ordinanza è stata pronunciata il Consiglio di Stato già si era adeguato all'ultima pronuncia della Corte di Giustizia in merito^[18]. L'ordinanza del settembre 2020, perciò, è espressione di una volontà di riconquista di un ambito da parte della Corte di Cassazione, in modo astratto, volontà di riconquista, però, che così come formulata è incompatibile con il fatto che la Corte di

Cassazione designa ben tre giudici della Corte Costituzionale di modo che non ha nessun senso che contesti la pronunzia della medesima e con il fatto che, essendo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione al vertice del nostro ordinamento giudiziario, esse debbono avere la sensibilità istituzionale di non portare una disposizione della Costituzione all'esame di un giudice sovranazionale^[19].

È peraltro da escludere che nel nostro sistema vi sia, come viceversa taluno ipotizza^[20], una marginalizzazione del ruolo del giudice ordinario, e di conseguenza della Corte di Cassazione, nei confronti della pubblica amministrazione. I rapporti tra i due giudici non dipendono dalle norme processuali ma viceversa dalle scelte sostanziali del legislatore in ordine alla configurazione della posizione soggettiva dei cittadini nei confronti dell'amministrazione e alla qualificazione del potere e dell'azione di quest'ultima nei loro confronti (anzi, di norma, il rapporto è rovesciato, il legislatore si preoccupa prima dell'azione dell'amministrazione e solo di riflesso della posizione dei cittadini). Le vicende dello stato a diritto amministrativo hanno ovviamente un'influenza sui confini fra le giurisdizioni. Ma il giudice ordinario, al quale è assegnato un ruolo sempre centrale, anche nei confronti dei poteri pubblici, ha comunque un ampio spazio nel quale può muoversi per arricchire in concreto la tutela del cittadino, da un lato esercitando, come già più sopra si è richiesto, i suoi poteri di decisione laddove attribuitigli dall'ordinamento, dall'altro affinando le tecniche di verifica della liceità dell'azione amministrativa, riempiendo di contenuto i concetti di correttezza e buona fede, che sempre più si debbono allontanare da concetti giuridici indeterminati per assumere un contenuto articolato a somiglianza di quanto è avvenuto per l'eccesso di potere. Più il giudice ordinario sviluppa questa sua capacità di tutela, più è effettivo il suo ruolo di custode dei diritti dei cittadini. E, ancora, questa funzione del giudice ordinario viene ad agire da stimolo nei confronti del giudice amministrativo affinché anch'egli non rinunci a perfezionare le tecniche di sindacato sull'attività autoritativa dell'amministrazione che sperimenta fin dalla sua istituzione.

Anziché avviare una contesa l'un contro l'altro, i due giudici debbono cooperare perché sia sempre più garantita la tutela giurisdizionale nei confronti della p.a. che è uno dei principi fondamentali della Carta Costituzionale, nella fissazione del quale i costituenti si sono impegnati ed hanno raggiunto punti di rilievo, pur non essendone probabilmente all'epoca del tutto consapevoli.

È evidente che i rapporti fra il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione comunque incontrano dei momenti di frizione ed è necessario che queste frizioni vengano ricondotte il più possibile alla normalità delle vicende processuali^[21], dovendosi tener presente che stante le diverse opinioni la stessa funzione nomofilattica è tendenziale^[22].

Probabilmente, la soluzione potrebbe essere quella di un tribunale dei conflitti, che però, proposto già dagli inizi del '900 non è mai stato istituito per le varie resistenze che ciascuno dei soggetti coinvolti frappone ad ogni profonda modificazione. L'istituzione di un organo a ciò dedicato potrebbe essere effettuata anche in assenza di una riforma costituzionale, se la si configurasse come una particolare modalità di composizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione allorché giudicano su questioni di giurisdizione^[23]. La composizione delle Sezioni della Corte di Cassazione, ed anche delle Sezioni Unite, infatti, è contenuta in una legge ordinaria, la legge sull'ordinamento giudiziario, e la presenza dei Consiglieri di Stato nelle Sezioni Unite, unitamente ai magistrati della Corte dei Conti, non può certo costituire una violazione dell'art. 102 della Costituzione.

Va considerato infatti che quella previsione era volta ad evitare che all'interno della giurisdizione ordinaria potessero essere istituiti giudici speciali o straordinari, non certo ad evitare che giudici forniti delle medesime garanzie appartenenti ad organi giurisdizionali che la Costituzione espressamente salvaguarda (il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti) dovessero essere radicalmente esclusi dal partecipare a specifiche funzioni del giudice ordinario. La Carta Costituzionale, infatti, ammette che, con determinate garanzie, addirittura cittadini estranei alla magistratura possano prendere parte all'amministrazione della giustizia, a' sensi del secondo comma dell'art. 102, e che soggetti estranei, ma qualificati, e cioè gli avvocati e i professori universitari, possano essere nominati consiglieri di Cassazione a' sensi del successivo art. 106. I giudici del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, perciò, proprio per il loro *status* e la loro funzione, ben possono essere coinvolti in specifiche funzioni presso la Corte di Cassazione, anche soltanto in forza di una legge ordinaria.

Le Sezioni Unite a questo fine potrebbero essere composte da nove magistrati, tre dalla Cassazione, tre del Consiglio di Stato e tre della Corte dei Conti e la presidenza potrebbe essere assegnata a turno al magistrato più anziano del plesso giurisdizionale non coinvolto nella questione di giurisdizione. Le Sezioni Unite dovrebbero risolvere la questione di giurisdizione e rimettere ad altra composizione la soluzione delle altre questioni eventualmente connesse.

Un organo di questo tipo, che non costituirebbe un apparato apposito con tutti i costi e gli inconvenienti conseguenti, potrebbe stemperare i rapporti tesi che periodicamente insorgono tra le giurisdizioni^[24], ferma restando la necessità che si affermi uno spirito di collaborazione, già auspicato nel *memorandum* del 15 maggio 2017 e favorito dagli studi comuni recenti^[25].

[1] Il riferimento è, in particolare, al numero 1 del 2021 della rivista *Questione Giustizia*, interamente dedicato al tema, ed aperto da un pensoso editoriale di N. ROSSI, *Il policentrismo giurisdizionale e la coesistenza di sistemi di tutela giurisdizionale diversi ed equiordinati*, che ritiene la coesistenza necessaria, pur con reciproche criticità.

[2] Sottolinea il ruolo del sindacato giurisdizionale per evitare deviazioni e disfunzioni in fase di attuazione delle leggi G. NAPOLITANO, *Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo (anche alla luce della pandemia)*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[3] Del resto, a livello europeo la presenza di giurisdizioni dedicate alla tutela nei confronti della p.a. è cresciuta, come rileva A. PAJNO, *Ricostituzione della fiducia e dialogo fra le giurisdizioni*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[4] Significativamente, F. G. SCOCA, *Processo amministrativo e giusto processo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, p. 1 ss, afferma che è "indiscutibile" che il processo amministrativo si sia profondamente evoluto fino ad essere almeno in potenza uno strumento pienamente efficace di tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Anche nella pandemia il giudice amministrativo ha fornito una risposta adeguata, come sottolinea M. A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 21 aprile 2021.

[5] Evidenzia questa specificità F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[6] Ed è significativo che da ultimo l'appellabilità del decreto cautelare presidenziale sia stata ammessa se i tempi del decidere altrimenti lasciano spazio soltanto al rimedio risarcitorio: Cons. Stato, Sez. II, decreto 4 maggio 2021, n. 2289, commentata da I. GENUESSI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, in *Giustizia Insieme*, 20 aprile 2021.

[7] L'accresciuta efficacia del sindacato del giudice amministrativo è riconosciuta da G. MONTEODORO – E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, e da G. SEVERINI, *Attualità e qualità della giustizia amministrativa tra trasformazione del potere pubblico e strumentazioni processuali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[8] Il che non significa avallare ogni scelta interpretativa creatrice della giurisprudenza, come ben sottolinea M. A. SANDULLI, *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa" in malam partem (nota a Corte Cost. 14 maggio 2021, n. 98)*, in *Giustizia Insieme*, 31 maggio 2021.

[9] Ne individua talune D. U. GALETTA, *L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni in un'epoca di algoritmi e crisi*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[10] L'approfondita ricostruzione dell'istituto è in F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo – Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, che a pag. 399 ss. esamina la situazione attuale del problema. L'opinione qui espressa è più ampiamente argomentata in C. E. GALLO, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Studi in memoria di A. ROMANO TASSONE*, Editoriale Scientifica, II, Napoli, 2018, p. 1285 ss..

[11] Anche nel dibattito attuale vi sono diverse posizioni circa la natura delle due posizioni soggettive. Ritengono che si debba distinguere F. FRANCARIO, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria* e M. FRACANZANI, *Per un giudice amministrativo veramente speciale*, mentre sostiene la piena equiparazione L. FERRARA, *Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?*, tutti in *Questione Giustizia*, n. 1/2021 (lo scritto di F. FRANCARIO è anche in *Giustizia Insieme*, 24 maggio 2021).

[12] Così anche M. LIPARI, *La giustizia amministrativa italiana: una risorsa di qualità tra criticità e nuove prospettive*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[13] Insiste sulla necessità del pieno accertamento del fatto M. A. SANDULLI, *La "risorsa" del giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[14] M. CLARICH, *Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021, correttamente osserva che il giudice amministrativo ha meno familiarità con le questioni risarcitorie mentre il giudice ordinario ha meno familiarità nell'apprezzare gli atti amministrativi.

[15] Si vedano, per la limitata possibilità di una sentenza costitutiva, Cass., Sez. Lav., 23 giugno 2020, n. 12368 e viceversa, per una più incisiva pronuncia indennitaria, Cass., Sez. Lav., 9 marzo 2021, n. 6485.

[16] Vicenda complicatissima anche nelle più recenti configurazioni: G. TROPEA, *Giurisdizione e acquisizione sanante: l'ennesima sciarada (nota a Cass., Sez. I, ord. n. 29625/2020)*, in *Giustizia Insieme*, 27 gennaio 2021.

[17] Criticata anche da L. VIOLANTE, *Per una concezione "non proprietaria" della giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[18] Un atteggiamento più prudente è stato assunto da una successiva pronuncia commentata da P. BIAVATI, *Il rilievo della questione pregiudiziale europea fra processo e giurisdizione (nota a Cass., Sez. un., 30 ottobre 2020, n. 24107)*, in *Giustizia Insieme*, 14 gennaio 2021.

[19] Questo non significa ovviamente che non sia possibile alla Corte di Cassazione rappresentare ai giudici sovranazionali opinioni diverse da quelle accolte dalla Corte Costituzionale, come del resto spesso fa lo stesso giudice amministrativo: si veda, in proposito, il commento di R. PAPPALARDO, *La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2377)*, in *Giustizia Insieme*, 5 aprile 2021, a proposito della rimessione alla Corte di Giustizia della questione circa l'impossibilità di esperire un ricorso in revocazione nel caso di successiva pronuncia dissonante della Corte di Giustizia.

[20] Si veda la posizione espressa da A. LAMORGESE, *La maionese impazzita delle giurisdizioni*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[21] Anche se ogni criterio di riparto crea problemi, il pluralismo giurisdizionale è una ricchezza: così M. RAMAJOLI, *Pluralismo giurisdizionale e situazioni soggettive sostanziali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[22] Così pure A. TRAVI, *Il giudice amministrativo come risorsa!*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[23] Ipotesi che pare ritenere praticabile R. RORDORF, *Il ragno e la tela: note a margine di uno scritto di Scoditti e Montedoro sulla pluralità delle giurisdizioni*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

15 giugno 2021

[24] Favorevole ad eterointegrazioni reciproche degli organi di vertice delle giurisdizioni, ma previa modificazione del testo costituzionale, pare anche L. ROVELLI, *Riflessioni sul tema del pluralismo delle giurisdizioni*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021.

[25] Iniziative sulle quali insiste, proponendone anche una istituzionalizzazione, A. COSENTINO, *Qualche riflessione su pluralità delle giurisdizioni e nomofilachia*, che si dichiara invece contrario ad una composizione mista delle Sezioni Unite, della quale ricorda analiticamente le precedenti proposte.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1998 – 22 ottobre 2021

La riemissione del provvedimento amministrativo

di Carlo Emanuele Gallo

Sommario: 1. La ragione della disposizione. – 2. Le criticità del testo normativo. – 3. Proposte per una corretta interpretazione.

1. La ragione della disposizione.

L'individuazione degli effetti della sentenza di annullamento del giudice amministrativo in relazione, da un lato, alla pretesa vantata dal ricorrente risultato vittorioso e, dall'altro, alle esigenze di continuità dell'azione amministrativa, anche tenuto conto degli interessi dei controinteressati, ha provocato da sempre riflessioni in letteratura ed interventi del giudice amministrativo. Rispondono a questa esigenza sia i tentativi di delimitare gli effetti temporali delle pronunzie di annullamento sia le previsioni normative che consentono di provvedere, prima dell'annullamento, vuoi alla convalida dell'atto annullabile vuoi alla individuazione di ostacoli sostanziali alla pronunzia di annullamento.

L'orientamento più risalente anche in giurisprudenza era nel senso che l'annullamento di un provvedimento per vizi del procedimento doveva comportare la ripresa del procedimento a partire dal primo atto annullato o se si vuole dall'ultimo atto ritenuto legittimo; l'annullamento aveva così un effetto da macchina del tempo, cioè un effetto retroattivo anche all'interno del procedimento, che dev'essere necessariamente ripreso dal primo atto annullato o dall'ultimo atto valido e ricondotto innanzi nel rispetto delle regole che ne garantiscono la legittimità. Corollario di questa imposizione era che tutto quanto non era pregiudicato dall'annullamento giurisdizionale doveva essere mantenuto integro, salva la possibilità di

intervento in via di autotutela ma, ovviamente, sulla base dei presupposti specifici di esercizio di questo potere. Questa impostazione è stata nel tempo superata dalla giurisprudenza a fronte di specifiche esigenze (rimanendo peraltro inalterata nella gran generalità dei casi)[1]: e così, per esempio, in materia di procedimenti per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione si è detto, ma con orientamento non consolidato, che, una volta conosciute le offerte da parte della commissione aggiudicatrice, l'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo oppure in autotutela non consentiva un rinnovato esame delle medesime da parte della stessa commissione, essendo venuta meno ormai la segretezza delle offerte. Occorreva perciò procedere con una commissione rinnovata[2]. Più di recente, con riferimento alle procedure concorsuali di assunzione, e segnatamente con riferimento alle procedure relative all'assunzione di professori universitari o alla acquisizione dell'abilitazione scientifica nazionale, la giurisprudenza ha spesso affermato che l'illegittimità nel contenuto del giudizio della commissione esaminatrice comporta la necessità che la nuova valutazione del candidato sia effettuata da un'altra commissione per garantire l'imparzialità di valutazione non più assicurata dal fatto che la commissione aveva già espresso in precedenza il suo giudizio, se non addirittura la rinnovazione della procedura[3].

Queste deviazioni dall'impostazione più classica del procedimento, inteso come sequenza di atti e operazioni articolata in fasi logicamente preordinate e l'una all'altra susseguenti, che non poteva consentire degli effetti rinnovatori dell'annullamento che non tenessero conto di questa sequenza, possono essere giustificate sulla base della considerazione che il procedimento è anche il luogo nel quale si contemperano gli interessi, contemperamento rispetto al quale è servente la sequenza articolata in fasi, cosicché se il contemperamento è meglio raggiungibile attraverso un'articolazione rinnovata anche di fasi diverse e con cadenze temporali nuove tutto ciò può essere accettato purché sia espressione di un prudente apprezzamento discrezionale. In altre parole, anche la sequenza procedimentale risponde a quella valutazione contemperata delle varie esigenze in gioco che è tipica dell'attività dell'amministrazione allorché non debba semplicemente porre in essere degli adempimenti tassativamente prescritti dal legislatore in modo vincolato.

Si inserisce in quest'ottica l'art. 21 *decies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 12, primo comma, lett. 1 *bis* del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120 (la disposizione è stata inserita in sede di conversione, durante l'esame in Senato), perché consente all'amministrazione, letteralmente dopo l'annullamento giurisdizionale passato in giudicato di un suo provvedimento, di intervenire adottando nuovamente gli atti dai quali discende l'illegittimità del provvedimento finale, con la salvezza di tutto quanto altrimenti effettuato nel procedimento e cioè attraverso un intervento che, può dirsi, sostituisce soltanto le tessere del mosaico procedimentale senza richiedere una rinnovazione integrale del percorso.

Il fatto è, come si vedrà, però, che, al solito, la disposizione non è così chiara e perciò insorgono problemi interpretativi che richiedono un'attenta considerazione.

2. Le criticità del testo normativo.

Come si verifica assai spesso soprattutto nella normazione più recente, le criticità del testo

normativo sono numerose.

La prima è la stessa terminologia utilizzata, poiché l'espressione "riemissione" riferita a un provvedimento non corrisponde alla terminologia classica e più rigorosa, che allorché fa riferimento a provvedimenti monocratici utilizza il termine emanazione (consacrato anche a livello costituzionale dall'art. 87 Cost. con riferimento al Presidente della Repubblica) e per quanto concerne i provvedimenti degli organi collegiali utilizza il termine approvazione o deliberazione[4]. Emissione è una espressione atecnica che probabilmente è stata utilizzata dal legislatore del 2020, a voler pensare bene, per ricomprendere nella medesima appunto tutti i tipi di provvedimenti, senza impegnarsi in distinzioni terminologiche. In quest'ottica la scelta può essere accettata.

La disposizione, poi, è formulata in termini così articolati e complessi da renderne difficile la stessa lettura: si tratta, infatti, di una possibilità che letteralmente è ammessa soltanto nel caso di annullamento di un provvedimento finale in virtù di una sentenza passata in giudicato, in conseguenza di vizi inerenti ad uno a più atti emessi nel corso di un procedimento e soltanto nel caso di un procedimento di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale. Nella determinazione dei presupposti e dei limiti applicativi della riemissione vi è l'eco delle discussioni che sono state effettuate in passato in letteratura e in giurisprudenza in ordine ai limiti della convalida e alla possibilità di rinnovazione del procedimento con riferimento alla tipologia dei provvedimenti[5]. Si è detto infatti da taluno che la convalida non era possibile nei confronti di provvedimenti già annullati[6] ma soltanto di provvedimenti ancora esistenti ed annullabili e che la convalida non era possibile con riferimento a tutti i vizi ma soltanto ai vizi endoprocedimentali[7]; si è detto anche che l'esercizio del potere di rinnovazione è conseguente alla necessità di riconoscere la pretesa avanzata dal soggetto ricorrente, cosicché è possibile con riferimento a quei provvedimenti che siano adottati ad istanza di parte.

In realtà, così come è scritta, la nuova disposizione sembra creare molti problemi forse più di quanti non ne risolva: sembra infatti da un lato ammettere la convalida anche con riferimento ai provvedimenti annullati, ma dall'altro limitarla a delle ipotesi applicative molto contenute, e cioè al fatto che si tratti di provvedimenti di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale e non di altri provvedimenti anche ampliativi e per di più soltanto con riferimento a vizi esclusivamente procedurali.

La scelta effettuata da un lato costituisce pertanto una specificazione di altre disposizioni inserite nella legge n. 241 del 1990 che non sono richiamate nel nuovo art. 21 *decies*, con inevitabili problemi di coordinamento[8], e dall'altro introduce delle distinzioni che sono forse giustificabili ma che comunque costituiscono possibili ipotesi di disparità di trattamento o di illogicità della disposizione.

Se l'esigenza è quella di salvaguardare l'attività amministrativa già svolta e di perseguire il pubblico interesse nel rispetto delle esigenze dei cittadini coinvolti è preferibile effettuare delle scelte di sistema chiare, che abbiano la generalità massima predicabile.

Alle medesime critiche soggiace il modulo procedimentale previsto dalla disposizione in esame, che ha una tempistica generale riconducibile all'art. 2 della legge n. 241 del 1990 laddove richiama il termine di trenta giorni per l'emanazione del provvedimento finale ma ha delle tempistiche diverse laddove individua il termine assegnato all'amministrazione competente per l'adozione del provvedimento finale, che è stabilito in quindici giorni,

termine che di per sé non trova riferimento nella legge n. 241 del 1990 se non in modo indiretto in relazione all'intervento sostitutivo disciplinato all'art. 2, comma 9 *ter*, nel testo inserito dal decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, sul punto non modificato dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108.

L'introduzione di termini sempre nuovi e diversi non può che aumentare la complessità del sistema, che negli ultimi tempi sta crescendo a dismisura come è già stato sottolineato con riferimento al settore processuale^[9].

3. Proposte per una corretta interpretazione.

Riscontrata la finalità della disposizione introdotta all'art. 21 *decies*, le regole interpretative da seguire per risolvere le difficoltà e le antinomie risultano evidenti. Dovendosi far prevalere la ragion d'essere della disposizione rispetto alle espressioni letterali, ne discende innanzitutto che non vi è ragione di limitare la possibilità di riemissione del provvedimento soltanto all'ipotesi di annullamento in sede giurisdizionale con pronunzia passata in giudicato; la possibilità di riemissione del provvedimento, infatti, è una possibilità che sussiste anche dopo una pronunzia di annullamento non passata in giudicato ed anche dopo una pronunzia di autotutela della stessa pubblica amministrazione o anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione intenda adottare un provvedimento di convalida prima dell'annullamento del provvedimento.

Per quanto concerne la sentenza non passata in giudicato, la conclusione raggiunta è giustificata dalla considerazione che la sentenza non passata in giudicato, a' sensi del Codice del processo amministrativo, ha comunque una immediata efficacia caducante, cosicché la medesima pone all'amministrazione il problema di un provvedimento che non può più essere eseguito e che può richiedere la necessità di un immediato intervento per ovviare alla stasi dell'attività amministrativa ovvero per ovviare alla interruzione dell'attività del privato destinatario del provvedimento per il medesimo favorevole. La pronunzia del giudice, ancorché non passata in giudicato, legittima un intervento dell'amministrazione, che può far venire meno l'interesse a ricorrere o la materia del contendere, e che dev'essere ovviamente giustificato sulla base delle esigenze che l'amministrazione ritiene di esporre per legittimare il suo intervento. Attendere il passaggio in giudicato della sentenza può avere un senso soltanto se l'amministrazione ritiene di dovere impugnare la sentenza sfavorevole o se la situazione è talmente incerta che l'adeguamento alla pronunzia del giudice non ancora incontestabile può apparire imprudente o inopportuno.

La riemissione del provvedimento è da ritenere possibile anche nel caso in cui il provvedimento originario sia stato eliminato in sede di autotutela, poiché il provvedimento di autotutela, ferma restando la provenienza dell'autorità amministrativa e la differenza di presupposti, ha lo stesso effetto sul provvedimento eliminato della sentenza del giudice amministrativo: anche in questo caso, l'amministrazione dovrà valutare l'opportunità di intervenire salvaguardando il provvedimento finale nonostante i vizi riscontrati. Va considerato peraltro che l'intervento in sede di riemissione del provvedimento, che è sostanzialmente un intervento di convalida, sia pure *a posteriori* rispetto all'annullamento, è legittimato dalla idoneità del provvedimento finale a soddisfare un pubblico interesse, idoneità che di per sé non è eliminata dal fatto che si siano verificati dei vizi nel corso del

procedimento e che detti vizi siano stati considerati esistenti e sufficienti per l'annullamento. Occorrerà infatti considerare se rimangano o meno corrette le valutazioni discrezionali che l'amministrazione ha compiuto allorché ha scelto quel tipo di soluzione per il problema amministrativo che aveva di fronte.

Non vi è poi ragione per escludere che questa speciale possibilità di convalida possa essere adottata anche con riferimento a provvedimenti non ancora annullati, poiché quello che può essere effettuato una volta che l'annullamento sia stato pronunciato a maggior ragione può essere effettuato allorché l'annullamento non vi è ancora, in quanto in questo modo si evita l'effetto caducatorio, che comporta l'interruzione della esecuzione del provvedimento e perciò dell'attività pubblica e privata connessa, e si raggiunge la soluzione del problema di legittimità. Le valutazioni che l'amministrazione deve compiere in questa fattispecie non sono diverse da quelle occorrenti nelle altre in punto pubblico interesse mentre ovviamente lo sono per quanto concerne l'accertamento dell'esistenza della illegittimità, che l'amministrazione deve effettuare autonomamente, come in tutte le ipotesi di autotutela, non potendo fondarsi su una pronuncia del giudice o su un precedente provvedimento di annullamento d'ufficio.

Non è ragionevole ritenere che un potere di questo tipo possa essere esercitato soltanto con riferimento ai provvedimenti di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale. Va premesso che non vi è una particolare somiglianza tra i provvedimenti di autorizzazione e le valutazioni di impatto ambientale: i provvedimenti di autorizzazione sono normalmente espressione di una vera e propria discrezionalità amministrativa, ancorché in parte molto di frequente predeterminata da atti di programmazione o di pianificazione mentre la valutazione di impatto ambientale è normalmente espressione di discrezionalità tecnica, cioè connotata da considerazioni rispetto alle quali le scelte discrezionali in senso proprio sono assenti. Volendo ricondurre la norma alla ragionevolezza, dovrebbe dirsi perciò che la medesima è applicabile a tutte le ipotesi in cui il potere esercitato è un potere amministrativo discrezionale o un potere connotato da discrezionalità tecnica. Se è così, però, evidentemente occorre far riferimento a categorie di carattere generale diverse, per evitare che vi possano essere disparità di trattamento ingiustificate: non si comprende perché sia soltanto l'ambito della discrezionalità a legittimare o meno la riemissione del provvedimento, quasi che vi possa essere una differenza per esempio nella riadozione di una concessione rispetto ad un'autorizzazione o nella riadozione di un provvedimento di valutazione di impatto ambientale rispetto a un provvedimento vincolato; non si comprende perché questa possibilità sussista soltanto con riferimento a determinati provvedimenti ampliativi della sfera del privato e non a tutti o perché non valga anche per tutti i tipi di provvedimento, dal momento che le regole dell'azione amministrativa sono uniformi.

Esigenze di parità di trattamento e di armonia di sistema impongono a questo punto di dire che con riferimento ad ogni tipo di provvedimento adottato al termine di un procedimento può essere utilizzato l'istituto della riemissione, anche perché nella legge n. 241 del 1990 dovrebbero essere disciplinati istituti di carattere generale. Del resto, in giurisprudenza, una conclusione molto simile è stata raggiunta con riferimento all'art. 21 *octies* e dai poteri amministrativi ivi previsti, oltre che ai poteri attribuiti al giudice amministrativo, per evitare che disposizioni specifiche ed incisive come quelle ivi richiamate possano essere riferite soltanto all'uno o all'altro tipo di provvedimento ingenerando incertezze e disparità non giustificabili.

Il problema che ancora si pone è che cosa significhi l'espressione contenuta nell'art. 21 *decies* circa i "vizi inerenti ad atti endoprocedimentali": una lettura restrittiva porterebbe a ritenere che si debba trattare soltanto di vizi di violazione di legge, e cioè di quei vizi di carattere giuridico formale che possono colpire gli atti endoprocedimentali. Una conclusione di questo genere però sarebbe scarsamente giustificabile tenuto conto delle ipotesi alle quali letteralmente l'art. 21 *decies* fa riferimento, e cioè sia alle autorizzazioni che soprattutto alle valutazioni di impatto ambientale. Con riferimento alle prime, infatti, i vizi che possono verificarsi sono molto spesso più vizi di sostanza, e cioè di interpretazione delle norme legislative, regolamentari o di pianificazioni che vizi meramente di procedura e rispetto alle seconde il riferimento più evidente è a vizi relativi all'intervento di organi tecnici e consultivi o ad accertamenti tecnici, piuttosto che a semplici problemi di conduzione formale del procedimento. Considerazioni in termini di discrezionalità amministrativa o di discrezionalità tecnica sono quelle che di solito conducono alla eliminazione, mediante annullamento, di autorizzazioni o di valutazioni di impatto ambientale: se è possibile una riemissione del provvedimento in questi casi ciò significa che il riferimento non è a vizi meramente giuridici formali ma viceversa a vizi sostanziali. Applicando questo criterio interpretativo ne discende che in generale è ritenuta possibile dal legislatore che ha dettato l'art. 21 *decies* la riemanazione del provvedimento con l'eliminazione dei vizi anche sostanziali che si sono verificati nel corso del procedimento, sempre che ovviamente detti vizi siano eliminabili a *posteriori*.

Vi saranno senz'altro dei vizi sostanziali ineliminabili, mentre ve ne saranno degli altri che possono essere superati. Fra i primi, evidentemente, vi sarà il travisamento dei fatti, mentre invece tra i secondi potrebbe esservi l'erronea valutazione dei presupposti se si tratta soltanto di un'erronea valutazione di presupposti incontestabili perché correttamente individuati^[10].

La disposizione così interpretata è per l'appunto una disposizione di carattere generale^[11], che consente all'amministrazione di porre rimedio a ogni tipo di vizio nel quale sia incorsa durante il procedimento, tanto prima che dopo la sentenza di annullamento del giudice, con l'effetto vantaggioso di evitare di dovere ripercorrere tutto un procedimento anche in quelle tappe che non hanno creato alcun problema né sono affette da alcun vizio e che sono perciò scontate, e la ripetizione delle quali si rivela soltanto una ingiustificata perdita di tempo. L'amministrazione dovrà rinnovare, può dirsi in modo chirurgico, soltanto quegli atti o quelle operazioni nelle quali è incorsa in un vizio. Questi atti rinnovati si inseriranno nel procedimento già celebrato, colmandone le deficienze e le lacune o sanandone in senso proprio i vizi cioè correggendo gli aspetti giuridicamente scorretti, con effetto retroattivo^[12]. Il vantaggio dal punto di vista del pubblico interesse è evidente senza che vi sia un danno per cittadino ricorrente vittorioso o per il cittadino beneficiario in senso proprio o anche per i controinteressati, poiché tutti costoro hanno interesse ad un corretto esercizio dell'attività amministrativa non ad un annullamento purchessia in relazione alle conseguenze di fatto o impreviste o eventuali dell'annullamento stesso.

Le considerazioni che si sono svolte conducono a valutare se fra gli atti che possano essere acquisiti successivamente non vi possano essere anche i pareri: come è noto, con riferimento ai pareri l'orientamento della giurisprudenza amministrativa è sempre stato molto restrittivo e anche l'Adunanza plenaria ha ribadito che addirittura l'assenza di un parere obbligatorio significa non esercizio del potere^[13]. Secondo quest'orientamento, perciò, l'art. 21 *decies* non sarebbe utilizzabile nel caso in cui il parere non sia stato acquisito. Va osservato, però che, ferme le criticità della pronuncia dell'Adunanza plenaria con riferimento al problema dell'assorbimento dei motivi in relazione alla mancata acquisizione di un parere, la dizione

ampia dell'art. 21 *decies* non consente di escludere la possibilità di acquisire un parere ora per allora: il parere infatti è un atto procedimentale^[14]. In questo caso, però, è ancor più evidente che l'intervento ora per allora del parere che dovrà essere richiesto e non è stato richiesto non è detto affatto che possa condurre alla convalida dell'atto originariamente illegittimo e cioè alla sua riemissione. Se il parere è sfavorevole, non è possibile il suo inserimento nel procedimento perché occorrerà a questo punto che il procedimento successivo al parere venga celebrato tenendo conto del medesimo, il che può comportare un esito finale diverso e che comunque comporta l'adozione di un atto che non è identico all'atto originariamente adottato. Ma si tratta di una conseguenza che può verificarsi con riferimento a tutti i casi in cui viene ipotizzata la riemissione: non è mai detto che, individuati dei vizi procedimentali, il provvedimento finale possa essere lo stesso che è stato adottato in presenza dei vizi stessi. La possibilità di riemanazione non significa inevitabile riemanazione dello stesso atto.

Il vantaggio che ottiene l'attività amministrativa in presenza di questa norma è quello di evitare un rifacimento di fasi procedimentali in termini di atti e operazioni allorché questo rifacimento appare inutile; nel caso in cui invece il rifacimento sia utile il rifacimento dev'essere inevitabilmente effettuato.

Le opinioni qui esposte sono state parzialmente accolte da una recente sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 26 maggio 2021, n. 3496, che ha affermato che la riemissione del provvedimento prevista dall'art. 21 *decies*, pur letteralmente riferita soltanto all'ipotesi di annullamento dell'atto autorizzatorio in sede giurisdizionale, "*può ritenersi espressione di un principio semplificatorio*" che consente l'applicazione della disposizione in vista dell'obiettivo della massima efficienza anche nel caso in cui vi sia stato un intervento in sede di autotutela amministrativa, e cioè ogni qualvolta siano stati caducati degli atti endoprocedimentali, con il risultato di ottenere "*la salvezza dell'attività antecedente non viziata e la prosecuzione dell'iter teso all'emanazione del provvedimento finale, mediante il rifacimento del solo tratto di azione amministrativa viziato*".

La pronuncia del T.A.R. Campania è stata impugnata avanti il Consiglio di Stato, ma il Consiglio di Stato con l'ordinanza della IV Sezione 16 luglio 2021, n. 3919, pur pronunciandosi in sede cautelare, ha affermato che l'appello, che contrastava questa posizione del T.A.R. Campania, "*non appare assistito da sufficiente fumus boni juris in relazione alla puntuale motivazione della sentenza gravata*".

Il che significa che il Consiglio di Stato condivide l'impostazione per dir così estensiva sostenuta dal T.A.R. Campania e che nelle considerazioni sopra svolte l'innovazione legislativa è stata portata ad un corretto completamento argomentativo e funzionale, che ne dimostra l'utilità.

[1] Che la rinnovazione debba interessare soltanto le fasi viziate è ribadito da T.A.R. Veneto, Sez. I, 1° aprile 2019, n. 389, che richiama Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 748 ed altre conformi.

[2] Come è noto, quest'orientamento ha dato luogo ad una reazione del legislatore, prima nell'art. 84 del Codice dei Contratti del 2006, poi nell'art. 77 del Codice dei Contratti del 2016, che hanno imposto la riconvocazione della medesima commissione, ai quali si è adeguata l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 26 luglio 2012, n. 30: in tema,

R. COLAGRANDE – C. FANASCA, *Commissioni di gara*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, vol. III, Milano, Giuffrè, 2019, p. 418 ss.. Ma rimangono contrasti in giurisprudenza: cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 7 giugno 2021, n. 1861, Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2021, n. 2819.

[3] Per tutte, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 aprile 2019, n. 4500; 5 ottobre 2017, n. 10064.

[4] Di riemissione si parla a proposito dei titoli di spesa: C. Conti, Sez. Controllo, 5 luglio 1996, n. 97.

[5] Un'accurata trattazione è svolta da A. G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento amministrativo*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2020, p. 501 ss..

[6] T.A.R. Veneto, Sez. II, 24 luglio 2017, n. 735; F. COSTANTINO, *Commento all'art. 21 nonies*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, Giappichelli, 2016, p. 899 e 905.

[7] C. DEODATO, *Commento all'art. 21 nonies*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1200 ss.

[8] Si consideri, ad esempio, che R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 618 – 619 segnalano che dopo l'art. 21 *octies* la convalida per gli atti vincolati non è più necessaria.

[9] In questi termini, con riferimento al nuovo art. 72 bis del Codice del processo amministrativo, R. DE NICTOLIS, *Tra (dis)proporzionalità e (in)efficienza, un nuovo giudizio immediato (art. 72 bis c.p.a.) per la giustizia amministrativa*, in *Giustizia insieme*, 23 settembre 2021.

[10] Questo è l'approdo della giurisprudenza in tema di convalida, essendo ormai ammessa anche la convalida per difetto di motivazione purché gli elementi della medesima emergano dal procedimento, trattandosi perciò di un vizio del discorso giustificativo e non della funzione: Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385; Sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2001; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 4 febbraio 2021, n. 122; Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6377.

[11] Come la convalida è un istituto di carattere generale: Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385.

[12] Così, F. Costantino, *op. cit.*, p. 902 e, in giurisprudenza, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 1° settembre 2020, n. 3716.

[13] Il riferimento è alla sentenza 22 aprile 2015, n. 5.

[14] Ammettono l'acquisizione in sanatoria di un parere sia pure in ipotesi specifiche R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 618 – 619.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1628 – 23 marzo 2021

Giudizio cautelare e principio di sinteticità degli atti processuali (nota a CGARS ord.36/2021 e decr. 31/2021)

di Fortunato Gambardella

Sommario: 1. Due decisioni cautelari sul principio di sinteticità- 2. Introduzione al principio di sinteticità degli atti del processo amministrativo- 3. L'ordinanza 15 gennaio 2021, n. 36 di C.G.A.R.S.: l'inutilizzabilità delle note di udienza prolisse- 4. L'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali nel decreto presidenziale n. 31/2021 del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

1. Due decisioni cautelari sul principio di sinteticità.

Due recenti decisioni cautelari del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana stimolano la riflessione intorno ad estensione e portata del principio di sinteticità degli atti del processo amministrativo, oggetto di attenzione normativa ed ermeneutica crescente a partire dalla sua considerazione nel Codice del processo amministrativo.

L'ordinanza cautelare n. 36 del 2021 del giudice siciliano mette infatti in risalto, quantomeno a prima vista, il tema dell'estensione dell'ambito di applicazione del principio, che arriva a coinvolgere le cd. note di udienza, depositate dalla parte avvalendosi della facoltà concessa dall'articolo 4 del decreto legge n. 28 del 2020. La stessa, al contempo, sembra però parlarci anche della portata del principio di sinteticità, laddove approfondisce il tema delle

conseguenze giuridiche della violazione del canone, affermando l'inammissibilità e conseguente inutilizzabilità delle note eccezionalmente prolisse.

Sotto altro ma connesso profilo, il decreto presidenziale n. 31 del 2021 stimola l'attenzione intorno agli strumenti predisposti dall'ordinamento a garanzia dell'effettività del principio di sinteticità, specie laddove respinge l'istanza di autorizzazione al superamento di limiti dimensionali avanzata dalla parte appellata in relazione ad una memoria di costituzione e risposta depositata per la fase cautelare del giudizio, in quanto atto inidoneo ad ospitare la riproposizione di motivi non esaminati dall'ordinanza cautelare appellata che ha accolto la domanda di sospensione in primo grado.

2. Introduzione al principio di sinteticità degli atti del processo amministrativo

Il canone di sinteticità degli atti caratterizza il processo amministrativo a partire dal decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 ("Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici"). Il testo, nel definire un regime speciale per le controversie in tema di appalti pubblici, prevedeva infatti (articolo 2-*undecies*) che "tutti gli atti di parte devono essere sintetici e la sentenza che decide il ricorso è redatta ordinariamente in forma semplificata".

Da regola peculiare del contenzioso sull'evidenza pubblica, la vocazione alla sintesi, nel breve volgere di qualche mese, è assurta tuttavia al "rango di vero e proprio principio generale del processo amministrativo"^[1]. Esplicita, in questo senso, la previsione del secondo comma dell'articolo 3 del Codice del processo amministrativo^[2], a tenore della quale: "il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica". Rispetto alla disposizione del diritto processuale delle commesse pubbliche, la norma di generalizzazione peraltro evidenziava un salto di qualità, accompagnando al canone della sinteticità quello della chiarezza degli atti, nell'ambito di un processo di emersione di un complessivo modo di essere dell'intera produzione documentale processuale, che oggi vede i due principi sovente quanto attecnicamente intesi quasi in termini di endiadi.

La vocazione alla sintesi degli atti di causa, nel nostro ordinamento processuale amministrativo, è rimasta nondimeno affermazione generale, di evidente rilevanza simbolica ed ermeneutica, ma sprovvista di strumenti sanzionatori all'uopo dedicati fino al 2012, allorché il secondo correttivo al Codice del processo amministrativo (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160), non ha modificato l'art. 26 del testo, inserendo (al comma 1) un ultimo periodo inteso a stabilire che la decisione sulle spese di giudizio debba tener conto anche della accertata violazione dei principi di chiarezza e sinteticità di cui dall'art. 3, comma 2, dello stesso Codice. In questi termini, la previsione, recepiva l'orientamento che la giurisprudenza era venuta maturando successivamente all'entrata in vigore del Codice e proiettato verso la necessaria non sottovalutazione dei precetti di chiarezza e sinteticità degli atti processuali ai fini della costruzione di un efficace ed efficiente sistema di giustizia^[3].

Restava sul tavolo, in ogni caso, il problema della definizione dei parametri dimensionali degli atti processuali rispettosi del canone della sintesi, compito che il legislatore, con due successivi interventi normativi^[4], ha affidato ad uno specifico decreto del Presidente del

Consiglio di Stato. Attualmente in vigore è pertanto il Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016^[5], il quale definisce i criteri di redazione degli atti processuali di parte e i relativi limiti dimensionali, restituendo al canone di sinteticità strumenti di misurazione che pure corrono sul filo della possibile confusione dell'istanza della sintesi con la diversa regola della brevità^[6].

Il decreto, peraltro, completa il sistema disciplinando l'istituto dell'autorizzazione del Presidente dell'organo giurisdizionale adito (Consiglio di Stato o Tribunale amministrativo regionale) al superamento dei limiti dimensionali fissati nel decreto, da richiedersi con apposita istanza.

Il quadro normativo che si è venuto strutturando nello scorso decennio ha restituito dunque al principio di sinteticità una duplice dimensione: di affermazione generale e di effettività. Come principio generale del processo amministrativo, la sinteticità è dalla giurisprudenza connessa strumentalmente all'istanza della ragionevole durata del processo, a sua volta corollario del canone costituzionale del giusto processo^[7]. Sul piano dell'effettività, la garanzia del principio passa invece per l'enunciazione delle regole dimensionali definite dal richiamato decreto del Consiglio di Stato e, in chiave sanzionatoria, per l'operatività della previsione dell'articolo 26 del Codice del processo amministrativo, che rende la violazione dei canoni di sinteticità e chiarezza degli atti di causa parametro ulteriore cui possa attingere il giudice ai fini della determinazione sulle spese di giudizio^[8].

Ma vi è di più, perché ulteriore presidio dell'effettività del principio di sinteticità è sicuramente rintracciabile nella previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 13-ter dell'allegato 2 del c.p.a., laddove delimita lo spazio della cognizione per così dire "obbligatoria" del giudice amministrativo a "tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti" nei limiti dimensionali definiti nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato e, al contempo, chiarisce che "l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione". Una traccia che la giurisprudenza sviluppa comunemente nel senso del ritenere il superamento dei limiti dimensionali del ricorso circostanza che determini "il degradare della parte eccedentaria a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare"^[9].

Fin qui i dati espressi dalla normazione, rispetto ai quali tuttavia alcuni settori della giurisprudenza da tempo sembrano evidenziare altresì indirizzi tesi a ricavare dal principio di sinteticità conseguenze giuridiche non codificate ma più stringenti. Sono percorsi ermeneutici che alcuni giudici coltivano sin dalla prima applicazione del Codice del processo amministrativo e nell'ambito dei quali, pur con accenti e sfumature diversi^[10], sembra fare eco l'ipotesi di una declaratoria di inammissibilità dei ricorsi prolissi, ovvero eccedenti i riferiti limiti dimensionali.

Si tratta, a dire il vero, di indirizzi nei quali il valore della sinteticità non sembra mai isolatamente considerato nella sua portata escludente la cognizione del giudice amministrativo. Lo stesso è piuttosto evocato in combinazione con il canone della chiarezza, richiamato nel medesimo contesto normativo di cui all'articolo 3, comma 2, c.p.a., esponendo ad esempio l'appellante alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non già come conseguenza dell'irragionevole estensione del ricorso (la quale non è normativamente sanzionata), ma in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità

delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata^[11].

Su di un piano generale, a rendere dunque inammissibile il ricorso non è il difetto di sinteticità che lo stesso reca, quanto piuttosto il difetto di intellegibilità che possa caratterizzarlo, eventualmente come mera scaturigine della mancanza di sintesi. In quest'ottica, il *vulnus* nei confronti del canone della sinteticità, in termini di travalicamento dei confini dimensionali normativamente imposti all'atto, può rappresentare tutt'al più una spia della sua capacità di determinare una condizione di incertezza della domanda, lungi pertanto dal configurare l'onere di sintesi "un requisito formale indispensabile per il raggiungimento dello scopo dell'atto processuale"^[12], tale da assurgere ad autonoma rilevanza nella prospettiva della declaratoria di inammissibilità del ricorso.

3. L'ordinanza 15 gennaio 2021, n. 36 di C.G.A.R.S.: l'inutilizzabilità delle note di udienza prolisse

In questo quadro si colloca, con elementi di singolarità, la decisione maturata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione Sicilia che, con l'ordinanza 15 gennaio 2021, n. 36, come anticipato in apertura, ha dichiarato l'inammissibilità e conseguente inutilizzabilità delle cd. note di udienza, depositate dalla parte avvalendosi della facoltà concessa dall'articolo 4 del decreto legge n. 28 del 2020, quando le stesse non rispettino il principio di sinteticità espressamente enunciato al comma 2 dell'articolo 3 del c.p.a. laddove sottolinea che "il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica".

Il decreto legge 30 aprile 2020 n. 28, come è noto, ha dettato tra l'altro una serie di norme in materia di organizzazione ed erogazione del servizio di giustizia amministrativa nell'attuale contesto pandemico-emergenziale e l'articolo 4 dello stesso, nel testo modificato dalla legge di conversione (n. 70 del 2020), riconosce la facoltà delle parti di chiedere la discussione orale in modalità di videoconferenza, ovvero, in alternativa, l'opportunità di depositare note di udienza fino alle ore 12 del giorno antecedente ovvero richiesta di passaggio in decisione, precisando che il difensore che deposita tale richiesta è "considerato presente a ogni effetto in udienza".

Le note di udienza intervengono dunque a ridosso dell'udienza e, insieme all'atto introduttivo del giudizio e alle memorie, completano il ventaglio dei documenti concessi alla parte per l'esercizio giudiziale del diritto di difesa. Di esse si occupano, in particolare, Linee guida del Presidente del Consiglio di Stato sull'applicazione dell'art. 4 D.L. 28/2020 e sulla discussione da remoto (del 25 maggio 2020), che le descrive come "un'ulteriore *chance* di trattazione cartolare, anche al fine di disincentivare radicali opposizioni alla discussione orale destinate a "scaricarsi" sulla economicità e celerità del processo". Il documento ospita peraltro alcune indicazioni minime contenutistico-dimensionali, stabilendo "che le note: a) debbano essere "brevi", ponendosi quale facoltà succedanea all'esposizione orale; b) debbono auspicabilmente essere depositate con anticipo rispetto al giorno dell'udienza, in modo da consentire alle controparti una replica informata; c) a mezzo di esse possano essere svolte tutte le considerazioni generalmente ammesse in udienza (ad esempio, dedurre un profilo in rito non soggetto a termini perché rilevabile d'ufficio)".

Il tratto della brevità sembra dunque precipuamente caratterizzare l'istituto. Pur nel difetto di un'espressa presa di posizione del legislatore in ordine a contenuto e dimensioni delle note, è stato autorevolmente e opportunamente osservato che, ponendo l'attenzione "sulla collocazione delle note, è evidente che alle medesime va attribuito il significato non di nuovi scritti difensivi ma, invece, di trascrizione di quanto altrimenti la parte avrebbe dedotto in udienza"^[13]. La tesi, in particolare, fa perno sul carattere "articolato"^[14] del contraddittorio scritto per come disciplinato dal Codice del processo amministrativo e che si sostanzia nella dialettica tra memorie e repliche, con le ultime che "debbono contenere soltanto la risposta alle argomentazioni sviluppate da controparte nella memoria e non possono introdurre elementi nuovi"^[15]. Si tratta di uno schema nel quale, dunque, le note di udienza possono accogliere una "estrema sintesi degli argomenti già dibattuti oppure una contestazione di quanto controparte abbia illustrato in modo non corretto nella replica"^[16].

Se questo è lo spazio vitale che l'interpretazione sistematica delle norme del processo amministrativo sembra riservare alle note di udienza, non sorprende allora la soluzione adottata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Sicilia con l'ordinanza in commento, laddove rileva l'inammissibilità e la conseguente inutilizzabilità delle c.d. "note di udienza" di parte appellante, depositate, avvalendosi della facoltà concessa alla parte dall'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020 "perché estese 42 pagine" e sull'assunto che le stesse non possano "assolvere alla funzione sostanziale della *memoria* con una elusione del termine di deposito di quest'ultima, pena la violazione del contraddittorio e un *vulnus* quanto all'approfondimento collegiale della causa".

Né sorprende che il giudice ritenga che le note, per quanto non utilizzabili in punto di contenuti, assumano rilevanza "come istanza di passaggio della causa in decisione al fine della *fictio iuris* della presenza del difensore in udienza". Il modello che la normativa emergenziale descrive passa, infatti, per il riconoscimento di tre opzioni che danno accesso alla fase decisoria del giudizio: la discussione in videoconferenza; il deposito delle note di udienza; oppure, in alternativa a quest'ultima modalità, la presentazione di una richiesta di passaggio in decisione. Come spiegano le già richiamate Linee guida del Presidente del Consiglio di Stato sull'applicazione dell'art. 4 del d.l. 28/2020, la norma che contempla la richiesta di passaggio in decisione "rispecchia, com'è ragionevole che sia, la dinamica delle ordinarie udienze "in presenza", in cui le parti si accordano, in via preliminare, per non discutere la causa non ravvisando profili che rendano utile o opportuna l'ulteriore trattazione orale, rispetto a quanto già dedotto e argomentato negli scritti. Trattasi di una facoltà (quello di richiedere senz'altro il passaggio in decisione) che dunque permane anche nel nuovo regime della fase emergenziale, ma che a differenza del regime ordinario può essere manifestata anche per iscritto". In questo quadro, la considerazione delle note prolisse in termini di istanza di passaggio in decisione serve ad attribuire alle stesse una valenza funzionale minima, coerente con l'impianto descritto, che consente il passaggio della causa in decisione e, allo stesso tempo, la garantistica considerazione del difensore come "presente a ogni effetto in udienza" (articolo 4, decreto legge n. 28/2020).

Se dunque il dispositivo dell'ordinanza non sembra destare perplessità, qualche dubbio è lecito semmai insinuare proprio laddove il giudice connette la declaratoria di inammissibilità delle note di udienza all'asserita violazione del principio di sinteticità degli atti processuali. Quel principio, per quanto chiarito nel paragrafo precedente, ha ormai guadagnato una connotazione strutturata, che lo qualifica in termini di affermazione generale ma anche in punto di effettività. La dimensione di effettività, in particolare, come visto, passa per

L'operatività dei limiti dimensionali di cui al riferito Decreto del Presidente del Consiglio di Stato e approda alle già evidenziate conseguenze giuridiche codificate: considerazione della violazione del canone della sintesi ai fini della decisione sulle spese di giudizio; facoltà per il giudice di omettere di pronunciarsi sulla parte del ricorso eccedente i citati limiti di dimensione.

Lo spazio per una rilevanza autonoma della violazione della regola della sintesi ai fini della dichiarazione di inammissibilità di specifici atti processuali, allo stato della legislazione, non sembra esserci e, peraltro, con specifico riguardo alla vicenda processuale evocata dall'ordinanza che ci occupa, anche volendo forzatamente spingersi oltre i riferiti dati normativi, non residuerebbe in ogni caso neppure lo spazio per la verifica della supposta condizione operativa che, in certo qual modo, certifichi la violazione del principio di sinteticità: il superamento dei limiti dimensionali. Per ovvie ragioni di successione cronologica, infatti, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato che fissa quei limiti non contempla il recente istituto delle note di udienza, non consentendo l'individuazione di una misura che, rispetto alle stesse, possa eventualmente permettere di circostanziare una concreta lesione del canone della sintesi.

4. L'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali nel decreto n. 31/2021 del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana

Il consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, con il decreto presidenziale n. 31 del 2021 ha respinto l'istanza di autorizzazione al superamento di limiti dimensionali avanzata dalla parte appellata in relazione ad una memoria di costituzione e risposta depositata per la fase cautelare del giudizio.

In questo caso, il principio di sinteticità non è evocato in modo esplicito dalla decisione del giudice che, tuttavia, impatta sul funzionamento di un istituto (l'autorizzazione al superamento di limiti dimensionali) che abbiamo descritto quale strumento inteso a garantire l'effettività del canone medesimo.

La disciplina dell'istituto emerge dal combinato disposto degli articoli 5 e 6 del cd. decreto sinteticità (decreto del presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 2016, per come modificato dal decreto n. 127 del 2017), il primo dei quali individua le deroghe ammissibili rispetto ai limiti dimensionali ivi sanciti, laddove il secondo descrive il funzionamento del relativo procedimento autorizzatorio.

L'autorizzazione, in particolare, interviene con decreto del Presidente del tribunale o di un magistrato delegato, il quale valuta in ordine alla sussistenza dei presupposti di deroga di cui all'articolo 5 del richiamato decreto sinteticità. A tal fine, è previsto che il ricorrente, principale o incidentale, formuli un'istanza motivata, allegando, ove possibile, lo schema del ricorso e sulla quale l'organo competente si pronunci entro i successivi tre giorni. Le modalità di presentazione dell'istanza sono diverse da quelle previste dalla formulazione originaria della norma, secondo la quale l'istanza motivata dovesse essere presentata in calce al ricorso. Peraltro, tale previgente modalità resta valida, nel nuovo regime, esclusivamente per l'ipotesi di istanza formulata da una parte diversa dal ricorrente principale e limitatamente alla memoria di costituzione.

Nel caso di specie, in sede di appello proposto dal Ministero dell'interno avverso un'ordinanza cautelare di accoglimento della domanda di sospensione in primo grado relativa ad una interdittiva antimafia, il decreto presidenziale in commento ha respinto l'istanza di autorizzazione al superamento di limiti dimensionali depositata dalla parte appellata in relazione alla memoria di costituzione e risposta.

La decisione muove dal considerare “già di per sé molto ampi” i limiti dimensionali ordinari^[17], tali da consentire “una difesa estesa e articolata” e giunge a ritenere che la memoria di costituzione della parte appellata per la fase cautelare, in caso di appello su ordinanza, possa limitarsi ad un sintetico richiamo del ricorso di primo grado. Infatti, la valutazione compiuta dal giudice dell'appello su ordinanza cautelare “è necessariamente sintetica e complessiva e, da un lato, non esige l'esame puntuale di tutti i motivi del ricorso di primo grado, mentre, dall'altro lato, va compiuta esaminando direttamente il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* in relazione al ricorso di primo grado valutato sinteticamente e complessivamente ... a prescindere da una analitica riproposizione di tutti i motivi mediante memoria ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a.”.

Nel ragionamento del giudice siciliano, l'ultimo aspetto è peraltro decisivo ai fini della riezione dell'istanza di superamento dei limiti dimensionali, essendo la stessa per l'appunto motivata dall'asserita necessità di riproporre motivi non esaminati dall'ordinanza cautelare. Eppure, come chiarisce il decreto, “l'onere di riproposizione espressa di domande ed eccezioni di primo grado, da parte dell'appellato vittorioso in primo grado, ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a. riguarda il solo caso di appello su sentenza e non si estende al caso di appello su ordinanza cautelare, dove, proseguendo il giudizio in primo grado, nessuna decadenza consegue alla omessa riproposizione in appello con memoria di tutti i motivi del primo grado”.

La motivazione addotta nella decisione consente peraltro di inquadrare il potere di valutazione in concreto esercitato, in questa vicenda processuale, nel solco descritto dal più volte richiamato decreto sinteticità. Dalla lettura del testo emerge infatti un sistema di autorizzazione che fa perno sull'ampio potere del decisore “chiamato sia a valutare la sussistenza dei presupposti derogatori, sia a quantificare lo spazio aggiuntivo che può essere concesso per l'estrinsecazione dell'attività difensiva”^[18].

Tale ambito di valutazione incontra nell'articolo 5 del decreto un vasto catalogo di parametri cui il giudice possa attingere ai fini della scelta autorizzatoria^[19]. Un catalogo la cui valenza è espressamente definita come esemplificativa e nel quale, in ogni caso, si colloca quel riferimento alla “esigenza di riproposizione di motivi dichiarati assorbiti ovvero di domande od eccezioni non esaminate” che trova eco nella decisione in commento e che offre prova del margine di responsabilità sotteso alle decisioni assunte nell'ambito dei riferiti procedimenti di autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali, nei quali il canone di sinteticità postula evidentemente la continua e costante ricerca di un punto di equilibrio con le prioritarie esigenze del diritto di difesa^[20].

[17] F. Francario, *Principio di sintetività e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 1, 133.

[20] Allegato 1 al d.lgs. 2 luglio 2012 n. 104.

[3] G. Ferrari, *Sinteticità degli atti nel giudizio amministrativo*, in *Libro dell'anno del Diritto* www.treccani.it, 2013, che rinvia a C.G.A.R.S. 19 aprile 2012, n. 395 e Cass., S.U., 11 aprile 2012, n. 5698.

[4] Dapprima l'art. 40, comma 1, lett. A), del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 a modifica dell'art. 120, comma 6 del c.p.a.; successivamente l'articolo 7-bis del d.l. 31 agosto 2016, n. 168 (convertito, con modificazioni, dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197), che ha abrogato il riferito comma 6 dell'art. 120 del c.p.a., introducendo a sua volta l'art. 13-ter nell'allegato 2 del c.p.a.. Tale ultima disposizione stabilisce quanto segue: 1. Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice, le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del presidente del Consiglio di Stato, da adottare entro il 31 dicembre 2016, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria degli avvocati amministrativisti. 2. Nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi si tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. 3. Con il decreto di cui al comma 1 sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. 4. Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, anche mediante audizione degli organi e delle associazioni di cui al comma 1, effettua un monitoraggio annuale al fine di verificare l'impatto e lo stato di attuazione del decreto di cui al comma 1 e di formulare eventuali proposte di modifica. Il decreto è soggetto ad aggiornamento con cadenza almeno biennale, con il medesimo procedimento di cui al comma 1. 5. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione”.

[5] modificato dal decreto n. 127 del 16 ottobre 2017. La fonte attualmente in vigore, a sua volta, ha sostituito il previo decreto n. 40 del 25 maggio 2015, adottato in attuazione dell'articolo 120 del c.p.a., per come formulato anteriormente alla riferita riforma del 2016.

[6] Come sottolinea F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo*, cit., 161: “Ciò che si deve evitare è di contrabbandare la regola della brevità come una declinazione necessaria del principio di sinteticità; il quale ... non può ridursi al mero rispetto di un limite numerico di pagine, spazi e battute, ma fa necessariamente riferimento alla (giusta) proporzione tra questioni da trattare e le argomentazioni selezionate a tal fine”.

[7] Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 6002, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 148, con nota di A. Giusti, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*.

[8] T.A.R. Lombardia – Milano, sez. II, 4 giugno 2019, n.1279: “il dovere di sinteticità sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo, è a sua volta corollario del giusto processo, ed assume esso una valenza peculiare nel giudizio amministrativo caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica; tale impostazione è conforme alla considerazione della giurisdizione come risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in misura razionale, si da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale. La violazione di tale dovere, se, da un lato, non si traduce in inammissibilità del ricorso, dall'altro, incide, certamente, sulla regolazione delle spese di giudizio”.

[9] T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. II, 8 luglio 2020, n. 1249, in *Il Foro Amministrativo*, 2020, 7-8, 1564.

[10] Singolare in questi termini la posizione di C.G.A.R.S., 15 settembre 2014, n. 536: “in presenza di un atto d'appello di centoventisette pagine (con circa ventotto/trenta righe per pagina), palesemente non proporzionato al livello di complessità della causa e con evidente abuso della funzione c.d. “copia e incolla”, alla luce del principio di chiarezza e sinteticità degli atti sancito dagli art. 3 e 26 c. proc. amm., l'appellante dovrà depositare, almeno quaranta giorni prima dell'udienza fissata per la decisione del merito della causa, una memoria riepilogativa orientativamente di non oltre venti pagine per un massimo di venticinque righe per pagina, su formato A4, facilmente leggibile e redatta solo su una faccia della pagina (recto e non recto verso), con testo scritto in caratteri di tipo corrente con interlinee e margini adeguati”.

[11] Cons. Stato, sez. IV, 1 dicembre 2020, n.7622.

[12] F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo*, cit., 163.

[13] C.E. Gallo, *La discussione scritta della causa nel processo amministrativo*, in www.giustizjainsieme.it, 2020.

[14] C.E. Gallo, *La discussione scritta*, cit.

[15] C.E. Gallo, *La discussione scritta*, cit.

[16] C.E. Gallo, *La discussione scritta*, cit.

[17] 70.000 caratteri con esclusione di epigrafe, conclusioni e sintesi dei motivi, come chiarisce il decreto.

[18] M. Nunziata, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 1327.

[19] Si legge nell'articolo 5: "con il decreto di cui all'art. 6 possono essere autorizzati limiti dimensionali non superiori, nel massimo, a caratteri 50.000 (corrispondenti a circa 25 pagine nel formato di cui all'art. 8), e 100.000 (corrispondenti a circa 50 pagine nel formato di cui all'art. 8), per gli atti indicati all'art. 3, comma 1, e rispettivamente nei riti di cui all'art. 3, comma 1, lettere a) e b) e a caratteri 16.000 (corrispondenti a circa 8 pagine nel formato di cui all'art. 8) e 30.000 (corrispondenti a circa 15 pagine nel formato di cui all'art. 8), per gli atti indicati all'art. 3, commi 2 e 3, e rispettivamente nei riti di cui all'art. 3, comma 1, lettere a) e b), qualora la controversia presenti questioni tecniche, giuridiche o di fatto particolarmente complesse ovvero attenga ad interessi sostanziali perseguiti di particolare rilievo anche economico, politico e sociale, o alla tutela di diritti civili, sociali e politici; a tal fine vengono valutati, esemplificativamente, il valore della causa, ove comunque non inferiore a 50 milioni di euro nel rito appalti, determinato secondo i criteri relativi al contributo unificato; il numero e l'ampiezza degli atti e provvedimenti effettivamente impugnati, la dimensione della sentenza gravata, l'esigenza di riproposizione di motivi dichiarati assorbiti ovvero di domande od eccezioni non esaminate, la necessità di dedurre distintamente motivi rescindenti e motivi rescissori, l'avvenuto riconoscimento della presenza dei presupposti di cui al presente articolo nel precedente grado del giudizio, la rilevanza della controversia in relazione allo stato economico dell'impresa; l'attinenza della causa, nel rito appalti, a taluna delle opere di cui all'art. 125 del codice del processo amministrativo".

[20] A. Cassatella, *L'inaffidabilità dell'appello manifestamente prolisso*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 2, 241, sottolinea "un'intima contraddizione fra il riconoscimento costituzionale del diritto di difesa ed il contingentamento degli atti difensivi". Analoghi accenti critici anche in E. Barbieri, *L'abuso del "copia ed incolla" nel ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 1570.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2047 – 30 novembre 2021

Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)

di Fortunato Gambardella

Sommario: 1. Esitazione vaccinale e politiche pubbliche di incentivazione - 2. Le politiche di vaccinazione tra raccomandazione e obbligo: gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale - 3. L'obbligo di vaccinazione per SARS-CoV-2: profili procedurali - 4. La legittimità dell'obbligo di vaccinazione per SARS-CoV-2 nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato - 5. Le misure di sanità pubblica in un contesto di pandemia: oltre l'amministrazione di prevenzione.

1. Esitazione vaccinale e politiche pubbliche di incentivazione

Il tema dei trattamenti di vaccinazione obbligatoria è da sempre una questione divisiva, che tocca la salute individuale e coinvolge le preoccupazioni più rispettabili dell'individuo. Diventa ancora più sensibile nel momento in cui la necessaria risposta alla pandemia in corso passa per il doveroso impiego, su larga scala, di prodotti farmaceutici innovativi, di recente immissione nel mercato, approvati dalle competenti Autorità di regolazione attraverso procedure accelerate e solo in parte semplificate.

Da una parte c'è la spinta delle Autorità per la più veloce e diffusa profilassi, dall'altra ci sono le legittime preoccupazioni dei soggetti chiamati a trattamenti intesi a prevenire patologie neppure sempre percepite come individualmente pericolose. Nel mezzo resta la cd. esitazione vaccinale^[1], un fenomeno storicamente noto e dalle evidenze consolidate, che da tempo rappresenta un problema con il quale è chiamato a confrontarsi il decisore pubblico.

Le soluzioni in concreto sperimentate variano, oscillando dalla raccomandazione persuasiva all'imposizione di specifici obblighi vaccinali, nell'ambito di prassi che tradizionalmente vengono ascritte al capitolo dell'amministrazione della prevenzione.

L'utilizzo di tecniche di prevenzione del rischio rappresenta infatti il piano privilegiato di espressione delle misure di sanità pubblica, per tale intendendosi l'insieme delle misure amministrative e sanitarie finalizzate a proteggere e migliorare la salute generale e la qualità della vita di intere popolazioni, principalmente attraverso iniziative destinate alla prevenzione delle malattie ed a garantire l'assistenza sanitaria collettiva. Il quadro delle azioni è dunque articolato e abbraccia una vasta serie di interventi, i cui settori di elezione riguardano: l'epidemiologia; la prevenzione delle malattie infettive e cronico-degenerative; l'igiene degli alimenti e della nutrizione; l'igiene edilizia, civile e ambientale[2].

In questo quadro, le misure di profilassi vaccinale rappresentano ovviamente uno strumento di impiego prioritario, funzionale alla prevenzione delle malattie infettive ed alla mitigazione del rischio epidemico.

Eppure, le politiche di vaccinazione, a partire dall'introduzione, nel Settecento, delle prime terapie di profilassi sanitaria contro il vaiolo, hanno dovuto storicamente confrontarsi con resistenze ed opposizioni di segmenti (anche cospicui) della popolazione, con conseguenze rilevanti in termini di difficoltà nel contenimento delle malattie infettive[3].

Stando all'Italia (ma il fenomeno ovviamente ha rilevanza globale) e guardando ai tempi più recenti, ad esempio, il problema si è posto con particolare criticità con riguardo alle epidemie di morbillo, favorite da tassi di vaccinazione che, nel 2013, sono stati stimati ben al di sotto della soglia di sicurezza raccomandata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. Circostanza che, come noto, ha infatti costretto il legislatore nazionale ad intervenire con il d.l. n. 73 del 2017, che ha determinato un incremento della copertura non solo per la vaccinazione contro gli agenti patogeni di morbillo, parotite e rosolia, ma anche per i vaccini non obbligatori e per tutti i gruppi di età.

2. Le politiche di vaccinazione tra raccomandazione e obbligo: gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale

La riferita normativa del 2017 sulla reintroduzione delle vaccinazioni obbligatorie ha, in ogni caso, rilanciato all'attenzione della giurisprudenza costituzionale il tema del presunto contrasto delle misure di imposizione vaccinale con l'impianto della Costituzione, a partire dall'articolo 32 della Carta sulla tutela del diritto fondamentale alla salute.

Il giudice delle leggi, nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018[4], ha tuttavia precisato come, in un ordinamento democratico, rientri nella discrezionalità del legislatore prevedere la raccomandazione dei vaccini o l'obbligatorietà degli stessi.

La scelta tra la tecnica della persuasione e quella dell'obbligo, segnatamente, vien fatta dipendere dal grado di efficacia persuasiva[5] con il quale il legislatore, sulla base delle acquisizioni scientifiche più avanzate ed attendibili, riesce a sensibilizzare i cittadini in ordine alla necessità di vaccinarsi per il bene proprio e, ad un tempo, dell'intera società. Muovendo

da questa premessa, la Corte costituzionale ha poi chiarito come la legge impositiva di un trattamento sanitario non sia incompatibile con l'art. 32 Cost. qualora il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. Per questa via, la Corte ha enfatizzato la previsione dell'articolo 32 laddove qualifica la tutela della salute non solo come diritto dell'individuo ma anche come interesse della collettività.

Quella previsione è la premessa che consente alla Costituzione di ammettere, al secondo comma dello stesso articolo 32, che disposizioni di legge possano imporre specifici trattamenti sanitari, al contempo ancorando tale fattispecie al doveroso "rispetto della persona umana". La misura del rispetto della persona, con riguardo alle norme che impongano trattamenti di profilassi, è peraltro individuata dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che ritiene legittime le relative disposizioni: a condizione si preveda che il vaccino non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e in ogni caso purché sia prevista, nell'ipotesi di danno ulteriore, la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria.

Sul punto, peraltro, la Corte Costituzionale si è mossa nell'ambito di un percorso tracciato a partire dalla sentenza n. 307 del 1990^[6], nella quale, posta la compatibilità, nei termini appena riferiti, della legge 4 febbraio 1966, n. 51 sull'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica rispetto alle previsioni contenute nell'articolo 32 della Carta fondamentale, al contempo ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevedeva, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione antipolio.

L'indirizzo emergente dalla giurisprudenza costituzionale è dunque nel senso di ritenere che la problematica delle politiche di promozione vaccinale intersechi una pluralità di valori costituzionali, fino a coprire uno spazio che muove dalla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie, in una dimensione individualistica dell'opzione terapeutica, fino alla valorizzazione della tutela della salute come bene di fruizione collettiva, nell'ambito di una lettura ermeneutica che attribuisce specifico risalto al principio costituzionale di solidarietà, come canone di giustificazione delle politiche di promozione vaccinale, sia che assumano la forma dell'obbligo che della raccomandazione.

La considerazione della solidarietà come pilastro costituzionale degli interventi legislativi e amministrativi in materia emerge peraltro, nella lettura della giurisprudenza della Consulta, da tutte quelle sentenze nelle quali si estende progressivamente la portata dell'obbligo di indennizzo a favore di quanti abbiano riportato danni permanenti in accertata conseguenza della sottoposizione a trattamenti di vaccinazione, tanto obbligatoria quanto meramente raccomandata. Il diritto all'indennizzo, ha chiarito la Corte, trova la sua *ratio* infatti nelle esigenze di solidarietà sociale che si impongono alla collettività, laddove il singolo subisca conseguenze negative per la propria integrità psico-fisica derivanti da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia^[7]) effettuato anche nell'interesse della collettività, in capo alla quale si giustifica la traslazione degli effetti dannosi eventualmente

conseguenti alla scelta vaccinale e solidale del singolo (vedi Corte Cost., 26 aprile 2012, n. 107).

Resta quindi chiarito come, alla base delle politiche di promozione vaccinale insistano molteplici principi di rilevanza costituzionale, il cui contemperamento lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare la più efficace prevenzione delle malattie infettive. Posto che l'adesione spontanea, per quanto raccomandata, resta ovviamente la strada da percorrere con priorità nelle compagnie di vaccinazione, a fronte di resistenze ed esitazioni particolarmente rischiose per la salute collettiva, resta nella disponibilità del legislatore attingere alla tecnica dell'obbligo, calibrando variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantirne l'effettività.

3. L'obbligo di vaccinazione per SARS-CoV-2: profili procedurali

È a questi indirizzi costituzionali che fa riferimento la recente sentenza della terza sezione del Consiglio di Stato del 20 ottobre 2021, n. 7045, con la quale è stato respinto nel merito l'appello proposto avverso precedente decisione del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia (sez. I) con la quale era stato dichiarato inammissibile il ricorso collettivo e cumulativo proposto contro gli atti con i quali le Aziende Sanitarie friulane hanno inteso dare applicazione alla regola dell'obbligo di vaccinazione contro il virus SARS-CoV-2, prevista dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021^[8] (conv. con mod. in l. n. 76 del 2021) a carico degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario^[9].

Il citato art. 4, nel comma 1, in particolare, dispone che, in considerazione della situazione di emergenza epidemiologica, fino alla completa attuazione del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, “al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza”, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 43 del 2006, che svolgano attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali siano obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione dal riferito agente patogeno. Si tratta di un obbligo che copre dunque interamente le categorie professionali ivi contemplate, con l'unica eccezione (comma 2), relativa all'ipotesi di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate e attestate dal medico di medicina generale e con conseguente possibilità di differimento del trattamento sanitario ovvero esenzione dallo stesso.

L'attuazione dell'obbligo passa per una procedura articolata in più fasi. La prima, di tipo istruttorio, prevede che ciascun ordine professionale territoriale competente trasmetta l'elenco degli iscritti alla Regione o alla Provincia autonoma in cui ha sede, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza. Medesima trasmissione, parallelamente, deve essere peraltro curata anche dai relativi datori di lavoro con destinatari, ancora una volta, Regioni o Province autonome nel cui territorio operino i dipendenti.

La seconda fase, propriamente di verifica, invece è in capo alle Regioni e alle Province autonome, tenute a verificare l'avvenuta vaccinazione dei soggetti rientranti negli elenchi

ricevuti, avvalendosi dei servizi informativi vaccinali. Qualora dall'istruttoria emerga che determinati soggetti non si siano sottoposti alla vaccinazione, né abbiano presentato richiesta di vaccinazione nelle modalità stabilite nell'ambito della campagna vaccinale, la Regione o la Provincia autonoma è tenuta a segnalare immediatamente all'Azienda sanitaria locale, nel rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, i nominativi dei soggetti non vaccinati.

La terza fase è invece quella di azione funzionale all'adempimento dell'obbligo e prevede, innanzitutto, che l'A.S.L. inviti l'interessato a produrre la documentazione intesa a comprovare, alternativamente: l'avvenuta vaccinazione; l'omissione o il differimento della stessa, nei limiti in cui consentiti; la presentazione della richiesta di vaccinazione; l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale. In risposta all'invito dell'Azienda sanitaria, possono darsi due eventualità: la prima corrisponde all'ipotesi in cui il destinatario dell'invito presenti documentazione che attesti la richiesta di vaccinazione, con conseguente invito dell'A.S.L. a trasmettere tempestivamente la certificazione dell'avvenuto adempimento; la seconda riguarda invece l'ipotesi di mancata presentazione della documentazione richiesta, con conseguente formale invito dell'Azienda sanitaria a sottoporsi alla terapia profilattica, con indicazione di modalità e termini per l'adempimento.

La quarta fase, meramente eventuale, vede convivere elementi di accertamento e profili sanzionatori. Essa riguarda l'ipotesi di inadempimento dell'obbligo vaccinale a seguito del formale invito dell'Azienda sanitaria, cui compete l'accertamento dell'inosservanza e la comunicazione scritta della stessa all'interessato, al datore di lavoro e all'ordine professionale di appartenenza. Sul piano propriamente sanzionatorio, posto che la normativa qualifica espressamente la vaccinazione come "requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati", il comma 6 dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 dispone che l'atto di accertamento dell'A.S.L. comporti "la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2", con adibizione del lavoratore a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle che implicano il rischio di diffusione del contagio e con attribuzione del trattamento corrispondente alle mansioni effettivamente esercitate. L'individuazione delle mansioni inferiori resta, ovviamente, in capo al datore di lavoro e, qualora tale assegnazione non fosse possibile, è stabilito non siano dovuti retribuzione né altro compenso o emolumento "fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021".

4. La legittimità dell'obbligo di vaccinazione per SARS-CoV-2 nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello in discorso sulla base di un'esposizione articolata, nella quale è ravvisabile innanzitutto una sorta di premessa di ordine scientifico e giuridico, cui segue la reiezione puntuale dei singoli motivi di impugnazione.

In sede di premessa, le preoccupazioni del giudice sono due: offrire idonee garanzie in rapporto alla sicurezza ed efficacia delle terapie vaccinali e inquadrare il trattamento

profilattico nell'ambito dei principi generali e costituzionali che renderebbero legittima l'imposizione del relativo obbligo.

Sotto il primo profilo, relativo alla sicurezza ed efficacia dei prodotti farmaceutici in uso per la vaccinazione di massa, il percorso argomentativo si sviluppa a sua volta su due piani intimamente connessi: quello della legittimità ed affidabilità della procedura di autorizzazione al commercio dei vaccini e quello delle evidenze scientifiche emergenti intorno all'efficacia della protezione assicurata dagli antidoti.

In punto di autorizzazione al commercio, la sentenza ricostruisce la normativa europea sull'autorizzazione all'impiego dei vaccini e chiarisce come la procedura di "immissione in commercio condizionata" (CMA, *Conditional marketing authorisation*)^[10], utilizzata per garantire il più celere accesso alla terapia in costanza di pandemia, non sia "una scorciatoia incerta e pericolosa escogitata *ad hoc* per fronteggiare irrazionalmente una emergenza sanitaria, ma una procedura di carattere generale, presidiata da particolari garanzie e condizionata a specifici obblighi in capo al richiedente e peraltro già applicata negli anni passati (anche recenti, soprattutto in campo oncologico), a fronte di necessità contingenti". La circostanza consente di superare ogni obiezione sul presunto carattere ancora "sperimentale" della terapia vaccinale in uso, essendo la CMA una procedura in cui la maggiore rapidità e la parziale sovrapposizione delle fasi di sperimentazione (*fast track/partial overlap*) consentono comunque l'acquisizione di dati sufficientemente solidi e attendibili in ordine all'efficacia e alla sicurezza dei farmaci.

Sul piano dell'efficacia della terapia, pur con i riconosciuti "ovvi limiti del sindacato che spetta al giudice amministrativo sugli atti adottati dalle autorità e dagli enti sanitari nazionali nell'esercizio della loro discrezionalità tecnica"^[11], il Consiglio di Stato evidenzia l'utilità della vaccinazione in termini di prevenzione, per quanto non assoluta, del contagio e, massimamente, di protezione dagli stadi patologici più gravosi. L'evidenza, nel ragionamento del giudice, muove dalla combinazione dei dati prodotti in fase di sperimentazione con quelli acquisiti sul campo, nell'ambito della vastissima campagna vaccinale avviata a seguito dell'autorizzazione condizionata.

Il capitolo della sicurezza riguarda invece l'ampiamente favorevole rapporto costi/benefici della somministrazione vaccinale su larga scala, come emergente dalle risultanze parziali dei rilevamenti di farmacovigilanza, cui è preposta l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA).

Come anticipato, il ragionamento del giudice amministrativo transita poi sui principi che renderebbero legittima l'imposizione dell'obbligo a carico dei sanitari e delle categorie affini, con particolare attenzione ai canoni di precauzione e solidarietà^[12].

L'istanza precauzionale^[13], nell'ordito della sentenza, assume una valenza prioritaria, posto che, nella contingente emergenza pandemica, la pubblica amministrazione ha "il dovere di promuovere e, se necessario, imporre la somministrazione dell'unica terapia – quella profilattica – in grado di prevenire la malattia o, quantomeno, di scongiurarne i sintomi più gravi".

Singolare appare peraltro la tecnica di applicazione del canone di precauzione utilizzata dal giudice in relazione alla fattispecie esaminata. Nella sentenza si legge infatti che "in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante di tutelare la salute pubblica contro il dilagare

del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco".

In ogni caso, chiarisce il giudice, nel contesto pandemico emergenziale, l'esigenza di tutela precauzionale acquisirebbe rilevanza tale da prevalere sulla libera autodeterminazione del singolo, il quale, all'opposto, cercherebbe conforto rispetto al cd. ignoto irriducibile "corrispondente alla circostanza per cui, ad oggi, non si dispone di tutti i dati completi per valutare compiutamente il rapporto rischio/beneficio nel lungo periodo". Si tratta di valutazioni che richiederebbero tempi lunghissimi, del tutto incompatibili^[14] con l'esigenza di rapida risposta sanitaria che l'attualità pandemica impone.

Quell'istanza di pronta tutela trae invece la sua ragione di giustificazione più profonda nella valenza costituzionale del principio di solidarietà (articolo 2 della Carta) e nel momento in cui lo stesso offre la possibilità di restituire il rapporto tra libertà e responsabilità individuale in termini di endiadi. Il Consiglio di Stato, per questa via, mette a sistema una pluralità di insegnamenti della Corte costituzionale. Il discorso riguarda tanto il valore di premessa della solidarietà come "base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione" (Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75) e della tutela della salute come "patto di solidarietà" tra individuo e collettività (Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118), quanto la corretta ermeneutica intorno al valore della dignità della persona, che non può prescindere dalla protezione della salute di tutti, quale interesse collettivo (Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258) "conformemente, del resto, al principio universalistico a cui si ispira il Servizio sanitario in Italia (art. 1 della l. n. 833 del 1978), e nella prospettiva di assicurare la tutela primaria delle persone più vulnerabili", la cui condizione li espone a più frequenti e intense occasioni di contatto nei luoghi di cura e assistenza.

Poste queste premesse di carattere generale e costituzionale, la decisione passa in rassegna gli ulteriori elementi di diritto positivo che sorreggono l'opzione del legislatore per l'obbligo vaccinale nel caso di specie. Qui il discorso intercetta il doppio piano dell'esigenza di tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro a protezione degli stessi lavoratori, disciplinata dal d. lgs. n. 81 del 2008, e della effettività del principio di sicurezza delle cure, che si colloca a fondamento della relazione di fiducia che deve intercorrere tra sanitari e pazienti e che, in questa prospettiva, è enunciato dalla l. n. 24 del 2017 (c.d. legge Gelli - Bianco), laddove, all'art. 1, comma 1, si chiarisce che la sicurezza delle cure è "parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività"^[15].

L'ultima parte della sentenza è invece dedicata al superamento degli specifici motivi di impugnazione.

C'è un primo gruppo di questioni che attengono all'asserita incompatibilità tra l'imposizione dell'obbligo vaccinale e fonti sovranazionali, molte delle quali sono in realtà invocate impropriamente. È il caso, ad esempio, dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La norma, nel sancire il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, chiarisce infatti non possa "esservi ingerenza di una autorità pubblica

nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". Eppure quella petizione non assume rilevanza in ordine nel caso di specie, posto che, di recente, la stessa Corte EDU, nella sentenza *Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca* dell'8 aprile 2021^[16], proprio in tema di vaccinazioni obbligatorie (nella specie introdotte a protezione dei minori), ha ritenuto che l'imposizione di un obbligo vaccinale possa rappresentare, ai sensi dell'art. 8 della CEDU, una legittima interferenza nel diritto al rispetto della vita privata qualora, chiarisce il Consiglio di Stato nella sentenza in commento, "vi sia comunque una base legale, uno scopo legittimo e le vaccinazioni siano necessarie in una società democratica per garantire il principio di solidarietà, che consiste nell'esigenza di proteggere tutti i membri della società e, in particolare, quelli che sono più vulnerabili, a tutela dei quali si chiede al resto della popolazione di assumersi un minimo rischio sotto forma di vaccinazione".

Altre doglianze hanno invece a che fare con il diritto interno. Centrale, in questo quadro, il riferimento all'articolo 32 della Costituzione e all'idea che il diritto di autodeterminazione terapeutica ivi contemplato risulterebbe menomato dall'imposizione dell'obbligo di profilassi sanitaria. All'obiezione, il giudice amministrativo risponde sulla scorta delle già richiamate acquisizioni della giurisprudenza costituzionale, assumendo come parametro più recente e comprensivo la sentenza n. 5 del 2018 nella sua capacità di compendiare i requisiti che l'ordinamento pone al legislatore per la costruzione normativa di specifici obblighi vaccinali. Tra questi, un ragionamento più approfondito, nell'ordito della sentenza in commento, è dedicato alla necessaria corresponsione di una posta di indennizzo per l'eventuale danno grave e/o permanente per l'integrità fisica che rappresenti conseguenza della profilassi sanitaria. Sul punto, l'appello si spingeva infatti a contestare la stessa legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, in rapporto agli artt. 2 e 32 Cost., per via della mancata espressa previsione, nel testo normativo, del riferito indennizzo. L'argomento viene tuttavia superato dal giudice in una chiave normativo-sistemica, riflettendo sulla non necessità di una espressa previsione di indennizzo nel testo dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, posto che la vaccinazione ivi imposta s'iscrive, a pieno titolo, tra quelle previste dall'art. 1 della legge n. 210 del 1992, a norma del quale "chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge".

5. Le misure di sanità pubblica in un contesto di pandemia: oltre l'amministrazione di prevenzione

Come già rilevato, nell'impianto della sentenza, al netto degli argomenti a rilevanza processualistica affrontati nell'*incipit*, alla analisi (e reiezione) dei motivi di appello, il giudice premette una sorta di parte generale, nella quale si offre una giustificazione di sistema dell'obbligo vaccinale a carico dei sanitari e delle categorie affini. Quella giustificazione fa perno, sostanzialmente, intorno alla riconosciuta valenza dei principi di precauzione e di solidarietà.

Da questo punto di vista, il compito che si dà il giudice è certamente lodevole. Rispetto a questioni così delicate e divisive nel dibattito sociale, offrire una lettura che risolva il caso di specie non soltanto nell'ottica della contestazione degli adottati motivi di illegittimità di una determinata misura, ma anche volendo restituire alla materia una coerenza generale che guardi ai principi, può contribuire alla costruzione di una maggiore consapevolezza sociale e, in ultima analisi, alla auspicabile accettazione di determinate scelte politiche e amministrative anche da parte dei segmenti dell'opinione pubblica che coltivano posizioni di più dura opposizione.

In questo quadro, nessun dubbio riguardo al fatto che il richiamo al principio di solidarietà appaia più che opportuno, posto che nella struttura dell'articolo 2 della Costituzione, l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale comporta che ogni individuo debba mettersi a disposizione di chi ha bisogno, offrendo assistenza morale e materiale, e posto che sta alla Repubblica il compito di rendere "inderogabili" i doveri di solidarietà sociale^[17], nella specie attraverso l'imposizione dell'obbligo vaccinale che incombe su categorie prioritariamente a contatto con gli individui più fragili e bisognosi di assistenza.

Più incerto mi sembra invece, nel caso di specie, il riferimento al principio di precauzione, del quale peraltro nella sentenza si evoca un'applicazione di tipo controintuitivo, perché ammette possa il decisore pubblico imporre la terapia vaccinale pur sulla base di una procedura di autorizzazione condizionata all'immissione in commercio, nella quale evidentemente i dati non sono completi ma fermo che il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo resti di gran lunga inferiore al danno sociale che possa procurare il mancato pronto ricorso alla vaccinazione.

Il punto, più che una contro-intuizione, può rischiare di apparire un cortocircuito nel ragionamento del giudice, perché utilizza una norma di principio attraverso un modello di applicazione non del tutto adeguato al contesto emergenziale^[18] che l'attualità propone.

Come noto, il principio di precauzione^[19] si è sedimentato nel linguaggio giuridico e nella prassi amministrativa a partire dalla Dichiarazione di Rio del Janeiro, sottoscritta al termine della Conferenza sull'Ambiente e lo Sviluppo delle Nazioni Unite (*Earth Summit*) del 1992. In quel testo si raccomandava che "al fine di proteggere l'ambiente, un approccio cautelativo dovrebbe essere ampiamente utilizzato dagli Stati in funzione delle proprie capacità. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di una piena certezza scientifica non deve costituire un motivo per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale". Nel tempo, l'ambito di applicazione del canone si è progressivamente esteso alla politica di tutela dei consumatori, della salute umana, animale e vegetale. In ambito europeo, in particolare, la Comunicazione COM(2000)-1 della Commissione europea definisce il principio di precauzione come una strategia di gestione del rischio nei casi in cui si evidenzino indicazioni di effetti negativi sull'ambiente o sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante, ma i dati disponibili non consentano una valutazione completa del rischio. Per questa via, nel nostro ordinamento, il Servizio sanitario nazionale adotta (e rimborsa) soltanto quelle terapie e trattamenti che siano di comprovata efficacia, clinica o terapeutica.

Poste queste coordinate basilari di applicazione del principio, l'evocata applicazione controintuitiva del principio rischia di introdurre, anche nel dibattito sociale, elementi contraddittori.

In realtà la giustificazione di sistema dell'obbligo vaccinale è probabilmente ricavabile ragionando sulla valenza specifica che, in un contesto di pandemia, assume il principio di solidarietà^[20] nella sua dimensione sociale in rapporto alla declinazione della tutela della salute come interesse della collettività, di cui è traccia nell'articolo 32 della Costituzione.

Siamo partiti dall'inquadrare, infatti, la misura dell'obbligo vaccinale nell'ambito delle misure di sanità pubblica, ovvero quell'insieme di strumenti amministrativi e sanitari intesi a proteggere e migliorare la salute generale e la qualità della vita della popolazione complessivamente considerata. Queste iniziative abbiamo evidenziato comportino prioritariamente azioni finalizzate alla prevenzione delle malattie ed a garantire l'assistenza sanitaria collettiva, discostandosi profondamente dagli interventi di medicina individuale, nell'ambito dei quali oggetto del "trattamento" è il singolo.

La differenza di approccio tra sanità pubblica e medicina individuale determina, conseguentemente, anche una differenza nel concepire il ruolo del pubblico potere. Nella medicina individuale, infatti, il ruolo del potere pubblico è prioritariamente un ruolo di pubblico servizio, quindi di assicurazione di efficienza del servizio e di garanzia della soddisfazione dei livelli essenziali delle prestazioni terapeutiche e assistenziali. Nella sanità pubblica, invece, il ruolo del pubblico potere si esplica in forma consistente negli spazi della funzione amministrativa, come abbiamo avuto modo di osservare, anche di recente e prima dell'emergenza pandemica, con l'introduzione delle riferite misure di profilassi obbligatoria nel 2017.

Il richiamo alle misure di incentivazione vaccinale ci restituisce, in ogni caso, la dimensione privilegiata di espressione delle misure di sanità pubblica che, in questi termini e propriamente, è amministrazione di prevenzione. Al contempo è tuttavia anche amministrazione di precauzione, nella misura in cui attinge a presidi farmaceutici di comprovata efficacia, in quanto approvati attraverso procedure standardizzate nelle quali i dati acquisiti risultano completi.

Viene però da chiedersi se una politica vaccinale in un contesto di pandemia risponda alle medesime istanze ed ambizioni e fino a che punto possa legittimamente farsi carico dell'applicazione ortodossa del principio di precauzione. Se le misure di sanità pubblica sono infatti solitamente misure di prevenzione (implementate con tecniche precauzionali) che dispiegano la loro efficacia sulla scala vasta della popolazione e non del singolo soggetto, la contemporanea esperienza pandemico-emergenziale porta le azioni di sanità pubblica a doversi confrontare non più con una con una popolazione da proteggere, con le misure preventive di profilassi, ma con una popolazione malata, da dover curare per via di un virus ad alta capacità di contagio e di rilevante efficacia patogena.

Rispetto alla popolazione malata nel contesto pandemico, la terapia che mette in campo la sanità pubblica è innanzitutto una terapia amministrativa, che attinge ai "farmaci amministrativi" che la scienza suggerisce allo stato dell'arte^[21]. In questi termini, il frangente storico che attraversiamo ci ha restituito "provvedimenti terapeutici" di varia natura: dagli obblighi di utilizzo delle mascherine di protezione alle misure di distanziamento fisico, dal contingentamento dei trasporti pubblici ai cd. *lockdowns*, di portata più o meno generalizzata e più o meno pervasiva. Si tratta, in ogni caso, di cure amministrative impiegate per soccorrere un paziente malato, riconoscibile in termini di popolazione e non già di singolo individuo.

In questo quadro, oggi il più efficace strumento disponibile di cura, sul piano strettamente terapeutico-sanitario, è la vaccinazione con i prodotti in commercio e con questo dato devono confrontarsi le politiche pubbliche di *suasion* vaccinale. Sta al legislatore, nell'esercizio della discrezionalità che la Carta fondamentale gli riconosce nella prospettiva della piena attuazione del dettato costituzionale che reclama la tutela della salute come interesse della collettività e fermi i limiti individuati dalla giurisprudenza costituzionale, individuare la soglia dell'induzione: per alcune categorie, dove i rischi sociali sono più evidenti, l'obbligo (i sanitari: l'organo più a rischio del paziente malato); per altre, la certificazione di adempimento vaccinale come titolo di accesso in determinati contesti (cd. *green pass*). Sta di fatto che la circostanza per cui determinate misure di sanità pubblica si collochino in un contesto di pandemia ascrive quelle misure non tanto nei capitoli dell'amministrazione della precauzione ma dell'amministrazione che, legittimamente e doverosamente, cura su di una scala che è diversa da quella individuale.

[1] La definizione di "*Vaccine Hesitancy*" deriva da uno studio promosso dallo *Strategic Advisory Group of Experts (Sage) on Immunization* dell'Organizzazione mondiale della sanità, nel 2012, che ha creato un gruppo di lavoro specifico sul tema. Il materiale prodotto è stato raccolto e pubblicato, ad agosto 2015, su un numero monografico della rivista *Vaccine* dedicato interamente all'esitazione vaccinale e intitolato "*WHO Recommendations Regarding Vaccine Hesitancy*". Il gruppo di lavoro ha formulato una definizione dell'esitazione vaccinale come un ritardo nell'adesione o come rifiuto della vaccinazione, nonostante la disponibilità di servizi vaccinali.

[2] Per un approfondimento sul catalogo degli interventi e sulle strategie, si rinvia all'*Health Promotion Glossary*, pubblicato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 1998.

[3] Sul tema si rinvia ampiamente a M. Pontecorvo, *Storia delle vaccinazioni*, Varese, 1991.

[4] Per un commento: M. Tomasi, *Lo stato dell'arte sugli obblighi vaccinali all'indomani della sentenza costituzionale n. 5 del 2018*, in *Studium iuris*, 2018, 7-8, 819.

[5] G. Pascuzzi, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2018, 1, 89.

[6] Si tratta di un indirizzo consolidato e ribadito dalla Corte Costituzionale a più riprese. Si veda: Corte Cost., 20 giugno 1994, n. 258; 23 febbraio 1998, n. 27; 16 ottobre 2000, n. 423; 20 giugno 1994, n. 258; 26 aprile 2012, n. 107. Di recente e successivamente alla pronuncia del 2018; C. Cost., 26 maggio 2020, n. 118.

[7] L. Principato, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 1, 375.

[8] Per un inquadramento dell'istituto si veda anche M. Giovannone, *La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il d.l. n. 44/2021*, in *www.federalismi.it*, 2021, 14, 103. Prima dell'introduzione della norma ma comunque successivamente all'inizio della pandemia: G. Scarselli, *Note sulla obbligatorietà o meno della vaccinazione anti Covid 19*, in *www.ambienteditto.it*, 2020, 4, 1079.

[9] Per un approfondimento sulle prime pronunce del giudice amministrativo sull'obbligo vaccinale per SARS-CoV-2, S. Caggegi, *Premesse alla lettura della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza 20 ottobre 2021 n. 7045 sull'obbligo vaccinale*, in *Questa Rivista*, 28 ottobre 2021.

[10] La procedura prevede, al pari dello strumento abilitativo ordinario, che l'autorizzazione alla commercializzazione nel mercato dell'Unione sia di competenza della Commissione Europea, previa raccomandazione dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA), che valuta sicurezza, efficacia e qualità del vaccino. Il profilo differenziale riguarda invece la scansione delle fasi di sperimentazione clinica. Le stesse, nella procedura ordinaria, sono infatti sequenziali, laddove nella procedura condizionata si assiste ad una parziale sovrapposizione dei segmenti, con l'avvio della fase successiva a poca distanza dall'avvio della precedente, il che permette l'acquisizione di un insieme di dati meno ampio ma comunque ampiamente

qualificante. In ogni caso, l'autorizzazione condizionata, nella previsione dell'art. 4 del Reg. (CE) n. 507/2006, viene accordata in costanza dei seguenti rigorosi requisiti: che il rapporto rischio/beneficio del medicinale risulti positivo; che sia probabile che il richiedente possa in seguito fornire dati clinici completi (da cui deriva, per l'appunto, il carattere condizionato della procedura); che il medicinale risponda a specifiche esigenze mediche insoddisfatte; che i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione superino il rischio dovuto al fatto che siano comunque necessari dati supplementari.

[11] La decisione, sul punto, rinvia a: Cons. St., sez. III, 10 dicembre 2020, ord. n. 7097; nonché, più di recente, Cons. St., sez. III, 9 luglio 2021, n. 5212.

[12] Sul tema, N. Vettori, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Diritto Pubblico*, 2018, 1, 181.

[13] Con specifica attenzione al rapporto tra principio di precauzione e obblighi vaccinali, G. Manfredi, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 6, 1418.

[14] Sul punto, la decisione del Consiglio di Stato richiama l'orientamento manifestato dalla Corte costituzionale con riguardo alla normativa introduttiva della vaccinazione obbligatoria contro l'epatite virale di tipo B, impugnata anche per la omessa previsione di accertamenti preventivi idonei quantomeno a ridurre il rischio, pur percentualmente modesto, di lesioni all'integrità psicofisica per le complicanze del vaccino. Nella sentenza 23 giugno 1994, n. 258, la Corte ebbe infatti modo di chiarire che "la prescrizione indeterminata e generalizzata di tutti gli accertamenti preventivi possibili, per tutte le complicanze ipotizzabili e nei confronti di tutte le persone da assoggettare a tutte le vaccinazioni oggi obbligatorie" renderebbe "di fatto impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari".

[15] La sicurezza delle cure, precisa il comma 2, si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. Aggiunge il comma 3 del richiamato art. 1 che le attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale.

[16] Emessa dalla Grande Camera in ric. n. 47621/13, n. 3867/14, n. 73094/14, n. 19306/15, n. 19298/15 e n. 43883/1.

[17] F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016.

[18] In argomento, F. Scalia, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *www.federalismi.it*, 2020, 32.

[19] Sul tema si rinvia ampiamente a F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano 2005. Più di recente, nell'ambito dei contributi monografici: R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.

[20] Sul rapporto tra emergenza sanitaria e tutela del principio di solidarietà, M. Ramajoli, *Emergenza, disordine, solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 1.

[21] Sul tema si rinvia a D. Zanoni, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, 140.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2061 – 9 dicembre 2021

Accertamento dell'illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori e condanna alle spese in caso di cessata materia del contendere (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6824).

di Silia Gardini

Sommario: 1. Inquadramento dell'istituto della cessazione della materia del contendere nell'ambito del processo amministrativo – 2. L'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse – 3. La sentenza 11 ottobre 2021, n. 6824 della VI sezione del Consiglio di Stato – 3.1 L'accertamento dell'illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori – 3.2 Soccombenza c.d. "virtuale" e condanna alle spese

1. Inquadramento dell'istituto della cessazione della materia del contendere nell'ambito del processo amministrativo.

L'espressione "cessazione della materia del contendere" è una formula terminativa del processo emersa dalla necessità pretoria di fronteggiare – in pendenza del procedimento giurisdizionale – il sopraggiungere di un elemento che abbia diretta incidenza sulla vicenda dedotta in giudizio. Affrontare il tema della cessazione della materia del contendere vuol dire, dunque, esaminare tutti quei casi in cui l'irrompere sulla scena processuale di una sopravvenienza (fattuale o provvedimentoale), atta a modificare la situazione che era stata cristallizzata al momento della proposizione del ricorso, possa produrre effetti estintivi sullo stesso giudizio. Sotto questo profilo, le dinamiche sottese al processo amministrativo sono del tutto peculiari e risultano strettamente connesse all'evoluzione che, nel corso degli anni, ha attraversato lo stesso sistema di giustizia amministrativa.

Diversamente da quanto è avvenuto nell'ambito del processo civile^[1], nel processo amministrativo la declaratoria di cessazione della materia del contendere si riconnette storicamente alla necessità di inglobare nella vicenda processuale l'atto o il fatto sopravvenuto che incida sul provvedimento impugnato. Se il giudizio era, in una prima fase, proiettato alla sola verifica della legittimità di un determinato provvedimento, l'intero processo risultava inevitabilmente condizionato dalla vita di quello stesso atto, «con riferimento alla sua insorgenza, al suo decorso, alla sua estinzione»^[2] ed appariva quasi doveroso per il giudice il rilevarne d'ufficio le relative implicazioni. Così, in tutti i casi di provvedimento sopravvenuto (anche laddove ciò non risultasse soddisfacente per l'interesse del ricorrente), veniva emessa una pronuncia di cessazione della materia del contendere sulla base della sola constatazione del venir meno dell'atto. Come rilevato in dottrina, questo assetto giurisprudenziale «deriva[va] direttamente dalla rigida concezione del processo amministrativo come processo di impugnazione di un atto: di un processo, cioè, i cui limiti sono rigorosamente posti dall'atto stesso»^[3].

Il riconoscimento legislativo dell'istituto della cessazione della materia del contendere è avvenuto soltanto con la legge n. 1034/1971 (c.d. Legge T.a.r.), il cui art. 23, comma 7 disponeva che, se entro il termine per la fissazione dell'udienza, l'amministrazione avesse annullato o riformato l'atto impugnato in modo conforme alla istanza del ricorrente, il tribunale amministrativo regionale avrebbe dovuto “dare atto” della cessata materia del contendere e provvede sulle spese^[4]. La portata innovativa della norma – già auspicata, *de iure condendo*, dalla dottrina – era evidente: circoscrivendo la declaratoria di cessazione della materia del contendere alle sole ipotesi in cui l'atto di annullamento o di riforma del provvedimento impugnato risultasse conforme alle istanze del ricorrente, la Legge T.a.r. rendeva il Giudice amministrativo conoscitore del fatto al fine di accertare il permanere di una lesione, pur nel venir meno del provvedimento amministrativo che aveva dato origine al giudizio.

La pronuncia di c.m.c. venne, così, ricondotta all'accertamento di una vicenda sostanziale, dal quale si fece discendere altresì la preclusione nei confronti dell'amministrazione a modificare la situazione giuridica posta in essere con il provvedimento, anteriormente emanato, da cui fosse conseguita l'integrale soddisfazione dell'interesse legittimo fatto valere dal ricorrente^[5].

In una prima fase, però, nel silenzio del legislatore, non appariva ancora del tutto certo se alla sentenza – poi decreto^[6] – di cessazione della materia del contendere dovesse attribuirsi natura di pronuncia di rito ovvero di merito. Ad ogni modo, dopo qualche incertezza, la giurisprudenza prevalente optò per il riconoscimento della natura di pronuncia di merito della c.m.c., facendo leva sulla tipologia di accertamento (relativo alla conformità della sopravvenienza rispetto all'interesse del ricorrente) che il giudice, con essa, era chiamato ad operare.

Le risultanze di questa lunga elaborazione dell'istituto sono, poi, confluite nel Codice del processo amministrativo che – com'è noto – ha inserito la disciplina della pronuncia di cessazione della materia del contendere nell'art. 34, dedicato alle sentenze di merito, disponendo che «qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere».

La novità più rilevante introdotta dalla norma codicistica si rinviene nell'impiego di una locuzione più chiara e sintetica rispetto alla formula lessicale adoperata dalla normativa previgente, che – espungendo il riferimento espresso all'annullamento o alla riforma dell'atto impugnato da parte dell'Amministrazione – connette, senza più alcun dubbio interpretativo, la pronuncia di cessata materia del contendere esclusivamente al pieno soddisfacimento della pretesa azionata con il ricorso, indipendentemente dalla domanda esperita.

Di conseguenza, oltre all'ipotesi tradizionale di annullamento con efficacia *ex tunc* – ovvero la riforma in chiave satisfattoria – del provvedimento impugnato, si avrà certamente una pronuncia di cessazione della materia del contendere ai sensi dell'art. 34, comma 5 c.p.a., ad esempio, nei casi di pagamento di una somma di denaro pretesa dal privato (anche nel corso di un giudizio risarcitorio), di rilascio del provvedimento richiesto nell'ambito del giudizio avverso il silenzio dell'Amministrazione, di esecuzione della sentenza da parte della P.A. in pendenza di un giudizio di ottemperanza. *A contrario*, non potranno in alcun modo determinare cessazione della materia del contendere l'atto di revoca del provvedimento impugnato, avente *ex lege* efficacia *ex nunc*, l'annullamento parziale dell'atto lesivo, la sostituzione dello stesso provvedimento con altro atto sostanzialmente confermativo delle decisioni precedentemente assunte, né – nell'ambito del rito avverso l'inertia della p.a. – l'emanazione di un provvedimento espresso di diniego[7].

A ben vedere, il minimo comun denominatore di tutte le fattispecie di cessazione della materia del contendere si sostanzia nell'accertamento da parte del giudice – attraverso una pronuncia di merito idonea a formare giudicato sostanziale e, dunque, a condizionare, con effetti preclusivi e conformativi, il successivo esercizio del pubblico potere – della natura della sopravvenienza (fattuale o provvedimentoale), che deve risultare capace di determinare una nuova configurazione del rapporto tra privato e pubblica amministrazione e riconoscere al primo le stesse identiche utilità che avrebbe potuto conseguire con l'accoglimento del ricorso[8].

2. L'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse

Prima della legge n. 1034/1971, le ipotesi di sopravvenienza idonee ad influire sul giudizio in corso di venivano fatte confluire indistintamente nelle due formule decisorie della “cessazione della materia del contendere” e della “improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse”. Solo successivamente all'emanazione della Legge T.a.r., la giurisprudenza si proiettò verso la piena scissione concettuale dei due istituti.

Il discrimine si coglieva in pieno volgendo lo sguardo agli effetti prodotti dalla sopravvenienza nella sfera giuridica soggettiva del ricorrente: se la pronuncia di cessazione della materia del contendere discendeva da eventi direttamente incidenti sull'oggetto del giudizio (fosse esso identificato con il provvedimento impugnato, ovvero con il rapporto instaurato tra amministrazione e privato), facendo conseguire al privato l'utilità agognata, la sopravvenuta carenza di interesse si ricollegava ad una modificazione della sfera personale del soggetto che interferiva con il mantenimento dell'interesse ad agire[9]. In altre parole, si rilevò che nella prima figura la sopravvenienza causava il venir meno dell'interesse materiale alla tutela giurisdizionale, in virtù del pieno soddisfacimento della pretesa sostanziale del ricorrente, laddove, nella seconda, essa incideva sul mantenimento di un presupposto

processuale, determinando l'impossibilità per il ricorrente di conseguire un risultato vantaggioso da una eventuale pronuncia di accoglimento e, di conseguenza, l'inutilità di un pronunciamento giudiziale sulla fondatezza del ricorso^[10]. Da qui la configurazione della dichiarazione di carenza sopravvenuta di interesse come pronuncia di mero rito, a fronte della natura di merito dell'accertamento posto alla base della cessazione della materia del contendere.

Il Codice del processo amministrativo, a differenza della Legge T.a.r. del 1971, ha previsto espressamente la figura della carenza sopravvenuta di interesse: l'art. 35, comma 1, lett. c) c.p.a. ricomprende tale formula processuale tra le sentenze di rito, stabilendo che «il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso (...) improcedibile quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse di una delle parti alla decisione». L'art. 84, comma 4 c.p.a. – ad integrazione della disposizione precedente – prevede, poi, che il giudice, anche a prescindere da una rinuncia di parte, possa desumere dall'intervento di fatti o atti univoci, successivi alla proposizione del ricorso, nonché dal comportamento delle parti, argomenti che provino la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione della causa.

Sul punto, la giurisprudenza più recente ha sostanzialmente mantenuto l'orientamento già consolidatosi sotto la vigenza della l. n. 1034/1971, affermando a più riprese che la sopravvenuta carenza di interesse si verifica quando – a seguito della modificazione della situazione di fatto e di diritto cristallizzata al momento della proposizione della domanda – l'eventuale accoglimento del ricorso non produrrebbe più alcuna utilità per il ricorrente, facendo venir meno la condizione dell'azione dell'interesse a ricorrere^[11]. L'esempio tipico di sopravvenuta carenza di interesse si verifica laddove l'Amministrazione adotti, nelle more del giudizio, un nuovo provvedimento che fissi un diverso assetto degli interessi, in modo che i rapporti con il privato risultino regolati dal nuovo atto e l'eliminazione giurisdizionale di quello impugnato non avrebbe più alcuna utilità. L'esclusione di ogni risultato utile può verificarsi, inoltre, quando l'atto del cui annullamento si discute abbia consumato la sua efficacia, ovvero quando il rapporto giuridico sotteso al provvedimento impugnato sia stato oggetto di una nuova regolazione intervenuta nel corso del giudizio, o – ancora – quando il ricorrente non abbia impugnato un atto presupposto o collegato da cui derivano effetti sfavorevoli.

In ogni caso, però, al fine di scongiurare la possibile elusione dell'obbligo di decidere sulla domanda proposta^[12], l'indagine condotta dal giudice in tali circostanze è considerata particolarmente gravosa, sicché il mantenimento di qualsivoglia interesse di parte all'esame della censura (sia pure esso solamente strumentale o morale, ma pur sempre correlato ad una lesione attuale cagionata dall'azione amministrativa^[13]) giustificerebbe l'esigenza di una decisione di merito^[14].

In particolare, ciò si verifica quando il ricorrente, pur non potendo trarre più alcuna utilità dall'annullamento del provvedimento impugnato, mantenga tuttavia un interesse ad ottenere il ristoro per il pregiudizio patito in conseguenza dell'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa. In altre parole, in tutti quei casi in cui viene meno l'interesse alla tutela in forma specifica consistente nell'annullamento dell'atto, ma permane l'interesse a conseguire una tutela per equivalente che risarcisca il privato dei danni eventualmente subiti.

La fattispecie, disciplinata espressamente dall'art. 34, comma 3 c.p.a. – a norma del quale «quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta

più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori» – ha dato vita ad un intenso dibattito giurisprudenziale ed è stata analizzata dall'annotata sentenza del Consiglio di Stato, che ne ha efficacemente chiarito l'ambito di applicazione, anche con riguardo all'istituto della cessazione della materia del contendere.

3. La sentenza 11 ottobre 2021, n. 6824 della VI sezione del Consiglio di Stato

Il caso oggetto della pronuncia in commento, esaminato dal Consiglio di Stato con la sentenza 11 ottobre 2021, n. 6824, si riferisce ad una procedura valutativa per la chiamata di due professori di seconda fascia, indetta nel 2016 dall'Università di Padova.

Dopo un primo annullamento della procedura ed a seguito della rinnovazione della stessa, uno dei candidati non vincitori impugnava gli atti dinnanzi al T.a.r. del Veneto che, ancora una volta, aveva deciso per l'accoglimento del ricorso. Incardinato il giudizio di appello dinnanzi al Consiglio di Stato, l'Università appellante aveva, però, fatto presente che il ricorrente vittorioso in primo grado era nel frattempo risultato vincitore di una nuova procedura concorsuale – indetta dalla medesima Università e per il medesimo ruolo – ed aveva, dunque, richiesto al giudice di dichiarare l'inammissibilità (improcedibilità) del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. La parte appellata, dal canto suo, aveva rilevato l'impossibilità di dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse, stante la necessità di ottenere una pronuncia di accertamento sull'illegittimità degli atti impugnati ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a., al fine del successivo risarcimento dei danni.

Il Consiglio di Stato, disattendendo le ipotesi prospettate da entrambe le parti, ha deciso per la declaratoria della cessazione della materia del contendere, rifacendosi a quell'orientamento – sopra ampiamente richiamato – che individua la linea di demarcazione tra c.m.c. e s.c.i. nel diverso accertamento sotteso alla loro adozione e connesso alla piena soddisfazione dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione dell'azione. Nel caso di specie, infatti, la parte appellata – con la chiamata come professore di seconda fascia da parte dell'Università di Padova – aveva conseguito interamente il bene della vita oggetto del giudizio, ottenendo, anzi, sul piano sostanziale più di quanto avrebbe potuto ricavare da una sentenza favorevole, la quale avrebbe potuto statuire, al più, l'obbligo di rinnovamento della procedura concorsuale.

La sentenza non ha, dunque, posto in essere particolari innovazioni sul piano della definizione della pronuncia di cessazione della materia del contendere, assestandosi invero sulle risultanze da tempo cristallizzate dalla giurisprudenza prevalente e già esaminate nei paragrafi precedenti. Essa contiene, tuttavia, delle riflessioni particolarmente interessanti con riguardo ai profili di connessione tra cessazione della materia del contendere, sopravvenuta carenza di interesse e declaratoria dell'illegittimità degli atti ai fini risarcitori che – nella prassi giudiziaria – tendono spesso ad essere sovrapposti ed alternativamente utilizzati e richiamati.

3.1 L'accertamento dell'illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori

Come già anticipato, ai sensi dell'articolo 34, comma 3 del Codice del processo amministrativo, «quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se

sussiste l'interesse ai fini risarcitori». La norma prevede, dunque, la possibilità di convertire l'azione di annullamento in azione di mero accertamento, *regula iuris* che si connette al più rilevante principio di effettività della tutela giurisdizionale ed al corollario che da tale principio deriva, costituito dall'ammissibilità di azioni di accertamento anche atipiche^[15]. Prima di esaminare le direttive fornite sull'argomento dal Giudice amministrativo con la sentenza annotata, è – però – opportuno ripercorrere brevemente i principali filoni interpretativi formatisi sulla norma in esame.

Un primo orientamento, facendo leva sulla formulazione letterale della norma e sulle esigenze di economia processuale ad essa sottese, rinviene nell'art. 34, comma 3 c.p.a. un vero e proprio potere-dovere di decidere il merito della causa, esercitabile *ex officio* dal giudice. Appare evidente come, da un'applicazione rigorosa di tale orientamento, discendano difficoltà di coordinamento tra la disposizione normativa in esame ed il principio della domanda, problema – tuttavia – “risolto” dalla giurisprudenza ricorrendo al principio di continenza e considerando che la domanda di annullamento racchiuderebbe in sé, necessariamente, anche un'attività di accertamento^[16].

Di contro, l'orientamento più restrittivo ritiene che l'accertamento dell'illegittimità degli atti ai fini risarcitori sia ammissibile soltanto laddove la domanda di risarcimento sia stata proposta nello stesso giudizio, oppure quando parte ricorrente dimostri di aver già incardinato un separato giudizio di risarcimento (o di essere in procinto di farlo)^[17].

Ancora, secondo un'interpretazione più recente, meno stringente della precedente, l'art. 34, comma 3, c.p.a. non può essere inteso nel senso che – in seguito ad una semplice generica indicazione della parte e in mancanza di una specifica domanda in tal senso – il giudice debba automaticamente verificare la sussistenza di un interesse a fini risarcitori. Secondo questa impostazione, diversamente opinando, perderebbe di senso a livello sistematico il principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria, così come enucleato dall'art. 30 c.p.a. e verrebbe svalutato anche il principio dispositivo che informa il giudizio amministrativo e che preclude la mutabilità *ex officio* del giudizio di annullamento, una volta azionato^[18]. L'applicazione della norma *de qua* rimarrebbe, dunque, subordinata alla esplicita istanza di parte ed alla puntuale allegazione in relazione al perdurante interesse risarcitorio.

Orbene, con la sentenza n. 6824/2021, il Consiglio di Stato pare aderire all'ultimo degli orientamenti richiamati. La ricostruzione effettuata – partendo dalla precisazione che l'unica forma d'interesse che, una volta acclarata l'inutilità dell'annullamento, legittima la prosecuzione del giudizio è quella che sorregge l'azione risarcitoria e che qualsiasi diversa apertura si porrebbe *contra legem*^[19] – assegna alla disponibilità della parte la deduzione dell'esistenza di suddetto interesse con apposita istanza, mentre onera il giudice dell'accertamento puntuale della sussistenza dei presupposti necessari ai fini dell'adozione della relativa pronuncia.

Definito il proprio orientamento sul punto, la sentenza precisa, poi, che l'istituto in esame non può trovare applicazione nei casi in cui la soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente determini una pronuncia sulla cessazione della materia del contendere, neppure ai fini di una statuizione limitata alla c.d. soccombenza virtuale per la condanna alle spese. L'ambito di applicazione dell'art. 34, comma 3 viene – dunque – riconnesso e circoscritto a quello della dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse, nel senso che, ove ne

ricorrano i presupposti, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati può essere accertata esclusivamente per evitare una pronuncia di rito relativa all'improcedibilità del ricorso.

L'interpretazione del Giudice appare coerente con la natura delle pronunce esaminate. Prendendo le mosse dagli effetti che l'intervento di una sopravvenienza – fattuale o provvedimentale – sulla scena processuale può determinare, le tre situazioni che possono configurarsi sono, infatti, le seguenti: 1) la piena realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente, con pronuncia di cessazione della materia del contendere; 2) l'impossibilità dell'ottenimento del bene della vita per la via processuale, con pronuncia di sopravvenuta carenza di interesse al ricorso; 3) la necessità, pure in assenza di un interesse all'annullamento degli atti, di una pronuncia di accertamento della loro illegittimità ai fini risarcitori.

Ebbene, nei casi di cui al punto 1), sulla scorta della valenza di pronuncia di merito della declaratoria di c.m.c., l'illegittimità dei provvedimenti impugnati può essere desunta indirettamente dal riconoscimento della spettanza del bene della vita oggetto del giudizio da parte dell'Amministrazione. In altre parole, la declaratoria di cessazione della materia del contendere – per sua stessa natura – non necessita in alcun caso di essere “integrata” dall'accertamento di cui all'art. 34, comma 3 c.p.a., essendo essa già di per sé una pronuncia di merito idonea ad accertare il soddisfacimento della pretesa sostanziale dedotta in giudizio. Di conseguenza, la parte, per poter proporre una successiva azione risarcitoria, non avrebbe bisogno di un'ulteriore indagine giudiziale sulla illegittimità degli atti, rinvenendosi il presupposto oggettivo della illiceità della condotta pubblica nell'accertamento implicito alla pronuncia in esame.

Diversamente avviene nei casi di carenza sopravvenuta di interesse, laddove la pronuncia di mero rito che ne rileva l'operatività nulla potrebbe dire in merito al rapporto sostanziale sotteso al ricorso e, dunque, alla eventuale illegittimità dell'azione amministrativa. In definitiva, è solo per evitare una pronuncia di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse (nelle modalità sopra richiamate ed al solo dichiarato fine di consentire la proposizione dell'azione risarcitoria) che la parte può rappresentare al giudice la necessità di una pronuncia di accertamento *ex art. 34, comma 3 c.p.a.*

3.2 Soccombenza c.d. “virtuale” e condanna alle spese

Com'è noto, nel processo amministrativo il pagamento delle spese di lite è da sempre stato ancorato al principio di soccombenza^[20]. Pertanto, in tutte quelle ipotesi in cui il giudice non giunga ad una pronuncia di espresso accoglimento o rigetto della domanda proposta, è necessario individuare un criterio per la corretta attribuzione degli oneri economici del processo.

Sotto questo profilo, la posizione del ricorrente nel processo amministrativo è stata – fino ad un certo punto – mortificata dall'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che, in caso di cessazione della materia del contendere, stabiliva la doverosa compensazione delle spese giudiziali. Fu, infatti, soltanto dopo l'entrata in vigore della Legge T.a.r., che la giurisprudenza iniziò a mostrarsi più sensibile alla necessità di tutelare il privato che – pur in assenza di una sentenza di formale accoglimento del ricorso – risultasse parte sostanzialmente vittoriosa, spianando la strada all'operatività della c.d. soccombenza virtuale. Tale locuzione è ancora oggi ampiamente utilizzata dal giudice amministrativo e, con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha colto l'occasione per chiarirne l'operatività laddove il giudice chiuda il

processo con una sentenza di cessazione della materia del contendere ovvero di sopravvenuta carenza di interesse.

Nei casi in cui venga pronunciata una sentenza che dichiara la c.m.c., il Giudice ritiene che la norma di cui all'art. 34, comma 3 c.p.a. non risulti applicabile neppure ai fini dell'individuazione della parte virtualmente soccombente. Ciò perché, trattandosi di una pronuncia di merito, per sua natura idonea ad accertare il rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio, essa dovrebbe essere automaticamente in grado di orientare il giudice anche sul versante della regolazione delle spese. Ed è sulla scorta delle motivazioni che lo hanno indotto a dichiarare la c.m.c. che il giudice si pronuncerà in merito alla soccombenza (più o meno) virtuale dell'amministrazione.

Diversa e più complessa la situazione in caso di sentenza che, in rito, rilevi la carenza sopravvenuta di interesse. Si è detto che – in questi casi – l'art. 34, comma 3 c.p.a. può essere applicato se il ricorrente, pur non potendo trarre più alcuna utilità accoglimento della domanda, mantenga un interesse concreto ed attuale ad ottenere un ristoro patrimoniale per il pregiudizio patito in conseguenza dell'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa. Ed è certo che, laddove il giudice si pronunci in tal senso, il relativo accertamento sia idoneo ad acquisire lo *status* di cosa giudicata sostanziale, utile ai fini della domanda risarcitoria.

Ciò non avviene, invece, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, con il capo della sentenza volto a regolare le spese di giudizio, che «non è mai idoneo alla formazione di un giudicato sul merito» e non incide dunque sul contenuto sostanziale della pronuncia principale, cui resta estraneo^[21]. Pertanto, in assenza di un'espressa statuizione ex art. 34, comma 3 (e, dunque, di un interesse concreto ed attuale all'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai fini risarcitori) le considerazioni svolte ai fini della valutazione della c.d. soccombenza virtuale per la liquidazione delle spese di lite, anche nell'ambito di una pronuncia di rito dichiarativa dell'improcedibilità, non sono idonee ad acquistare autorità di giudicato sul merito delle questioni oggetto della controversia, ma valgono – se non impugnate – a rendere irrevocabili soltanto i rapporti di dare/avere tra le parti del processo relativamente, appunto, alla regolamentazione delle spese del giudizio.

Ne consegue che le due pronunce non possono essere in alcun caso sovrapposte, ma mantengono completa autonomia. Va da sé che, in tutti quei casi in cui il giudice, nel dichiarare l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, accerti pure l'illegittimità degli atti ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a., la soccombenza virtuale dell'amministrazione consegnerà in via diretta alla valutazione di merito compiuta dalla sentenza. Diversamente, laddove il giudice – pur non ravvisando la sussistenza delle condizioni necessarie per l'accertamento dell'illegittimità degli atti ai fini risarcitori – ritenga di non voler disporre la compensazione delle spese, ovvero di prevedere l'addebito delle spese per l'acquisto del contributo unificato in capo alla parte resistente, sarà necessaria una espressa pronuncia sulla soccombenza virtuale.

In definitiva, accertamento dell'illegittimità degli atti ai fini risarcitori e soccombenza virtuale sono due istituti distinti e non sovrapponibili: il primo consiste in una statuizione di merito utile ai fini risarcitori in caso di pronuncia di sopravvenuta carenza di interesse, mentre il secondo è volto a regolare la ripartizione delle spese di giudizio nei casi in cui il processo non si chiuda con una espressa pronuncia di accoglimento o di rigetto.

[1] Nel processo civile la formula di “cessata materia del contendere” non è frutto di una particolare elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, ma si è sostanzialmente imposta nella pratica giudiziaria dei Tribunali in due distinte circostanze: 1) in tutte le ipotesi di spontanea autocomposizione della lite tra le parti in giudizio, sia che ad essa si giungesse mediante reciproche concessioni, sia che la stessa dipendesse dalla sottomissione unilaterale di una parte alle pretese dell'altra; 2) nelle ipotesi di eventi estintivi delle ragioni sostanziali di contesa che, pur in presenza di una formale ragione di contrasto, avrebbero reso iniqua (o, quantomeno, inutile) una pronuncia di rigetto. Peraltro, diversamente da quanto avviene nel processo amministrativo, la giurisprudenza civile – nel silenzio del legislatore – ha da sempre assegnato alla dichiarazione di cessazione della materia del contendere natura di pronuncia di mero rito che determina, dunque, la conclusione del processo in assenza di una valutazione di merito sulla domanda (cfr., di recente, Cass. civ., 31 agosto 2015, n. 17312). Ai fini della declaratoria di c.m.c., la giurisprudenza civile richiede altresì che si registri il pieno accordo tra le parti in relazione all'idoneità dell'evento a rimuovere ogni motivo di contenzioso tra le stesse (cfr., Cass., 26 luglio 2002, n. 11038). Per un inquadramento dottrinale dell'istituto nell'ambito del processo civile, si vedano A. Panzarola, voce *Cessazione della materia del contendere (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, agg. VI, 2002; E. Vianello, voce *Cessazione della materia del contendere – Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1939, spec. 490 ss.; G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, 153 ss.; S. Satta, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano, 1960, I, 426; A. Attardi, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. It.*, 1987, IV, 482 ss.

[2] In tali termini, V. Caianiello, voce *Cessazione della materia del contendere (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, agg. III, 2000. Si veda anche l'importante pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che – pronunciandosi in materia di silenzio-rifiuto – aveva riaffermato l'esatta coincidenza tra provvedimento impugnato ed oggetto del processo (in virtù della quale dal venir meno dell'atto si faceva discendere, in ogni caso ed a prescindere da qualsivoglia valutazione di merito, la conclusione del giudizio) ed aveva dunque consolidato la natura di pronuncia di rito della declaratoria di cessazione della materia del contendere: cfr., Cons. di Stato, Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8, in *Giur. it.*, 1960, III, 257 ss., con nota di E. Guicciardi.

[3] Così, A. Romano, *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta d'interesse*, in *Problemi del processo amministrativo, Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 19-22 settembre 1963*, Milano, 1964, 353 ss.

[4] Cfr., in dottrina, C. Galtieri, *La cessazione della materia del contendere davanti ai tribunali amministrativi regionali*, in *Cons. Stato*, 1974, II, 1187 ss.

[5] Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, VI Sez., 30 marzo 1982; Cons. di Stato, sez. V, 19 novembre 1992, n. 1319; Cons. di Stato, sez. V, 20 aprile 1994, n. 331; Cons. di Stato, sez. VI, 7 luglio 1995, n. 661, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Per un approfondimento, si vedano le riflessioni di P. Numerico, voce *Cessazione della materia del contendere - Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988 e la giurisprudenza ivi richiamata.

[6] La l. n. 205/2000, con l'intento di semplificare le regole procedurali relative alla estinzione e conclusione del giudizio amministrativo, aveva successivamente integrato l'art. 26 della Legge T.a.r., stabilendo che la cessazione della materia del contendere – al pari della rinuncia al ricorso e della perenzione – fosse pronunciata con decreto monocratico del presidente della sezione competente o di un magistrato da lui delegato. Per un approfondimento sul punto, si rinvia alla ricostruzione di N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2021, 515 ss.

[7] Cfr., Cons. di Stato, sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2979, in www.giustizia-amministrativa.it.

[8] Sul punto la giurisprudenza è pacifica. Cfr., anche Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2009, n. 1316; Id., 24 novembre 2009, n. 7363; Id., 21 dicembre 2010, n. 9319; Id. 5 marzo 2012, n. 1258; Id., 5 aprile 2016, n.1332; Id., sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5533; Id., 28 giugno 2016, n. 2909; Id., 24 luglio 2017, n. 3638, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[9] Cfr., R. Villata, voce *Interesse ad agire*, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989.

[10] Cfr., V. Caianiello, voce *Cessazione della materia del contendere (diritto amministrativo)*, cit.; A.M. Corso, *Cessazione della materia del contendere ed oggetto del giudizio amministrativo*, in *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, a cura di V. Spagnuolo Vigorita, Napoli, 1983, 411 ss. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 474; Id. 10 marzo 1997, n. 242, in www.giustizia-amministrativa.it.

[11] Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, sez. IV, 24 luglio 2017, n. 3638; C.G.A.R.S., 20 maggio 2019, n. 453, in www.giustizia-amministrativa.it.

[12] Cfr., Cons. di Stato, sez. IV, 12 aprile 2017, n. 1700; Id., sez. V, 8 aprile 2014, n. 1663; Id., sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4637, in www.giustizia-amministrativa.it.

[13] Cfr., Cons. di Stato, sez. V, 12 maggio 2020, n. 2969, in www.giustizia-amministrativa.it.

[14] Cfr., Cons. di Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2224; Id., sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4307; Id., sez. V, 6 novembre 2011, n. 5070; Id., 27 novembre 2015, n. 5379; Id., sez. IV, 14 dicembre 2015, n. 5663; Id., 16 dicembre 2016, n. 5340, in www.giustizia-amministrativa.it.

[15] Cfr., Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1214; Id. sez. IV, 5 dicembre 2016, n. 5102; Id. 16 giugno 2015, n. 2979; Id., sez. V, 24 luglio 2014, n. 3957 Id., 17 luglio 2020, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[16] Cfr., Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817; Id., 28 luglio 2014, n. 3997 e 24 luglio 2014, n. 3939; Id., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916; Id., 4 febbraio 2013, n. 646; Id., sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3848, in www.giustizia-amministrativa.it.

[17] Cfr., Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3848; Id., sez. V, 24 luglio 2014, in www.giustizia-amministrativa.it.

[18] In questo senso, Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2020, n. 736; Id., sez. IV, 17 gennaio 2020, n. 418; Id., sez. III, 8 gennaio 2018, n. 5771, in www.giustizia-amministrativa.it.

[19] Cfr., sul punto, anche Cons. di Stato, sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086, in www.giustizia-amministrativa.it. Parte della giurisprudenza ha, invero, ritenuto sufficiente – ai fini della norma in esame – la sussistenza di un mero interesse “morale” alla pronuncia di accertamento dell’illegittimità dell’azione amministrativa (cfr., Cons. di stato, sez. V, 15 giugno 2015, n. 2952, in www.giustizia-amministrativa.it).

[20] La regola della soccombenza era espressamente prevista dalla l. n. 1034/1971 ed è stata confermata dal vigente art. 26, comma 1, c.p.a., secondo il quale il giudice provvede sulle spese a norma degli artt. 91, 92, 93, 94, 96 e 97 c.p.c., tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e di sinteticità degli atti. Cfr., M. Mengozzi, *Spese di giudizio*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2015, 359 e ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citate.

[21] Cfr., da ultimo, Cons. di Stato, sez. V, 25 febbraio 2020, n. 1394; Id, sez. VI, 18 marzo 2019, n. 1766, in www.giustizia-amministrativa.it.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1639 – 31 marzo 2021

Imparzialità e ragionevolezza delle leggi-provvedimento. Il caso del Teatro Eliseo (nota a Cons. di Stato, sez. IV, ord. 21 dicembre 2020, n. 8191)

di Silia Gardini

Sommario: 1. Inquadramento della vicenda processuale – 2. La disciplina dell'intervento pubblico nel settore teatrale ed il contributo extra-FUS al Teatro Eliseo – 3. La legge-provvedimento: legittimità e limiti nella giurisprudenza costituzionale – 3.1. I profili di incostituzionalità dell'art. 22, comma 8 del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017 – 4. Una considerazione conclusiva

1. Inquadramento della vicenda processuale

Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato affronta la complessa vicenda innescata dalla erogazione di fondi statali straordinari in favore del Teatro Eliseo di Roma. Tale contributo straordinario è stato, infatti, istituito – al di fuori della disciplina e del procedimento ordinariamente previsti per l'intervento pubblico a sostegno dei soggetti operanti nel settore teatrale – direttamente dalla legge, con l'art. 22, comma 8 del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017 (convertito con modificazioni dalla l. n. 96 del 21 giugno 2017), al dichiarato fine di garantire la continuità delle attività del Teatro Eliseo in occasione del centenario della sua fondazione. Un successivo decreto del Ministero dell'economia e delle finanze ha, poi, autorizzato la spesa di 4 milioni di euro^[1] per ciascuno degli anni 2017 e 2018, istituendo uno specifico capitolo di spesa nello stato di previsione del Ministero dei beni e delle attività culturali.

Avverso tale provvedimento, alcune società titolari della gestione di altri enti teatrali nella stessa città di Roma, hanno proposto ricorso dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, lamentando che la concessione ad un solo teatro di un contributo di tal genere – evidentemente straordinario ed aggiuntivo rispetto a quelli già concessi in virtù della disciplina generale, compendiata nella legge n. 163 del 30 aprile 1985 e, *ratione temporis*, nel D.M. 1° luglio 2014 – avrebbe alterato la concorrenza e la parità di trattamento nella distribuzione delle risorse pubbliche disponibili. Dopo una pronuncia di inammissibilità da parte del Tribunale amministrativo regionale^[2], in sede di appello il Consiglio di Stato ha invece ritenuto il ricorso ricevibile ed ammissibile e – segnalando la natura di legge-provvedimento della disposizione legislativa di cui all’art. 22, comma 8, del d.l. n. 50 del 2017 – con l’ordinanza annotata ne ha sollevato la possibile illegittimità costituzionale, in relazione alla violazione degli articoli 3, 9, 33, 41 e 97 della Costituzione: «*[è] rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità dell’art. 22, comma 8, d.l. n. 50 del 24 aprile 2017, convertito con modificazioni in l. n. 96 del 21 giugno 2017, in relazione agli artt. 3, 9, 33, 41 e 97 Cost. nella parte in cui introduce un contributo straordinario in favore del teatro Eliseo al di fuori della disciplina e del procedimento ordinariamente previsti ai fini dell’intervento pubblico a sostegno dei soggetti operanti nel settore del teatro e dello spettacolo dal vivo*».

La pronuncia appare particolarmente interessante poiché, dopo aver operato una ricostruzione della normativa in materia di intervento pubblico nel settore dello spettacolo dal vivo, si sofferma efficacemente sulla controversa categoria delle leggi-provvedimento, inquadrandone i caratteri principali e ripercorrendo i principali arresti della giurisprudenza costituzionale in materia.

2. La disciplina dell’intervento pubblico nel settore teatrale

La disciplina dell’intervento pubblico nel settore teatrale e dello spettacolo dal vivo si fonda essenzialmente sullo stanziamento di fondi pluriennali da parte dello Stato, cui i soggetti interessati possono accedere partecipando a specifiche procedure che si svolgono su base comparativa. Il fulcro del sistema è costituito dal Fondo unico per lo spettacolo (FUS), istituito dalla legge 30 aprile 1985, n. 163, “Nuova disciplina degli interventi a favore dello spettacolo”, con il duplice scopo di riordinare gli interventi finanziari a favore dell’intero settore dello spettacolo e di conferire agli stessi una disciplina unitaria. L’importo complessivo del FUS è allocato su differenti capitoli – sia di parte corrente che di conto capitale – dello stato di previsione del Ministero della Cultura.

La destinazione del FUS ai diversi settori che rientrano nella nozione di “spettacolo” (attività cinematografiche, musicali, di danza, teatrali, circensi e dello spettacolo viaggiante ed iniziative di carattere e rilevanza nazionali da svolgersi in Italia o all’estero) viene effettuata secondo una ripartizione percentuale, originariamente stabilita in quote minime dalla stessa legge n. 163/1985. Dopo la riforma del titolo V della Costituzione, che – com’è noto – ha attribuito alla competenza concorrente Stato-Regioni la promozione e l’organizzazione delle attività culturali (fra le quali è ricompreso lo spettacolo dal vivo^[3]), l’art. 1 del D.l. 18 febbraio 2003, n. 24 (convertito in legge n. 82/2003), ha stabilito che i criteri e le modalità di erogazione dei contributi e le quote percentuali di ripartizione del FUS siano annualmente individuati con uno specifico decreto del Ministro per i beni e le attività culturali e per il

turismo (oggi Ministro della Cultura) non avente natura regolamentare, adottato d'intesa con la Conferenza unificata[4].

I criteri e le modalità di erogazione dei contributi nell'ambito di ciascun settore sono stati, invece, più di recente ridefiniti dal D.l. 8 agosto 2013, n. 91 (convertito, con modificazioni dalla legge 7 aprile 2013, n. 112), recante «Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo». In particolare, per tutti i settori dello spettacolo dal vivo (diversi da quello relativo alle fondazioni lirico-sinfoniche, per le quali è prevista una specifica disciplina), l'art. 9, comma 1, del D.l. n. 91/2013 ha previsto che i criteri di assegnazione dei contributi devono tener conto dell'importanza culturale della produzione svolta, dei livelli quantitativi, degli indici di affluenza del pubblico, nonché della regolarità gestionale dei relativi organismi.

A seguito della riforma del 2013, è intervenuto il D.M. 1° luglio 2014 – oggi superato, ma vigente *ratione temporis* con riferimento alla vicenda oggetto dell'ordinanza annotata[5] – che ha definito, per la prima volta, criteri generali comuni a tutti i settori, introducendo la programmazione triennale delle attività ammesse al finanziamento, ferma restando la corresponsione annuale del contributo[6]. L'art. 46, comma 2 del medesimo decreto, ha previsto inoltre che, su esclusiva iniziativa del Ministro e sentite le Commissioni consultive competenti per materia, potessero essere finanziati anche progetti speciali, a carattere tanto annuale, quanto triennale.

In ogni caso, ai fini della valutazione comparativa delle domande (presentate da teatri nazionali, teatri di rilevante interesse culturale, imprese di produzione teatrale e centri di produzione teatrale), il D.M. disponeva l'attribuzione ai relativi progetti e programmi di un punteggio numerico massimo di cento punti, sulla base di tre parametri: la qualità artistica, per un massimo di trenta punti, attribuiti dalla Commissione consultiva competente attraverso la valutazione discrezionale di alcuni parametri; la qualità indicizzata, per un massimo di trenta punti, attribuiti dall'Amministrazione su base oggettiva, attraverso la valorizzazione di indicatori per la misurazione di specifici fenomeni individuati dal Decreto; la dimensione quantitativa (input/output/risultati), per un massimo di quaranta punti, attribuiti in maniera automatica, secondo una formula di calcolo prevista dallo stesso Decreto.

Si tratta, dunque, di un sistema “misto”, in parte discrezionale ed in parte legato a valutazione tecniche e vincolate, alla luce del quale i fondi disponibili vengono ripartiti in misura proporzionale al punteggio ottenuto in centesimi (che non può, ai fini dell'inserimento in graduatoria, essere inferiore a trenta). All'Amministrazione è sempre riconosciuto un potere-dovere di controllo (art. 7 D.M. 1° luglio 2014), anche successivo, al fine di accertare la permanente regolarità degli atti riguardanti l'attività sovvenzionata e dei relativi requisiti ed a seguito del quale possono verificarsi ipotesi di decadenza o revoca del contributo erogato (art. 8).

Alla luce della normativa generale, qui richiamata, al teatro Eliseo erano stati corrisposti sia contributi “ordinari” quale teatro di rilevante interesse culturale (ai sensi dell'art. 11 del D.M. 1° luglio 2014), sia contributi per progetti speciali (ai sensi dell'art. 46, comma 2, dello stesso D.M.), pari – rispettivamente – ad € 481.151 per il 2015 e ad € 514.831 per il 2016, nonché un ulteriore somma di € 250.000 per la realizzazione del progetto speciale “Generazioni”, sempre nel 2016.

In tale contesto si colloca l'art. 22, comma 8 del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 96 del 21 giugno 2017) che – come sopra anticipato – ha istituito un ulteriore contributo straordinario in favore del Teatro Eliseo, «per spese ordinarie e straordinarie, al fine di garantire la continuità della sua attività in occasione del centenario della sua fondazione». Tale disposizione ha, evidentemente, natura di legge-provvedimento, poiché riguarda un solo destinatario, specificamente individuato e qualificato e presenta un contenuto particolare e concreto, rappresentato dall'erogazione di un contributo economico preventivamente quantificato e collocato nei capitoli di spesa nello stato di previsione del Ministero della Cultura, già responsabile dei finanziamenti ordinari.

Prima di analizzare più nello specifico i profili di illegittimità costituzionale che, a secondo la ricostruzione dell'ordinanza annotata, emergerebbero dalla disposizione in questione, è opportuno soffermarsi sulla figura generale della legge provvedimento, inquadrandone i tratti distintivi elaborati dalla dottrina e ripercorrendo le coordinate ermeneutiche nel tempo fornite dalla giurisprudenza costituzionale e richiamate dai giudici di Palazzo Spada.

3. La legge-provvedimento: legittimità e limiti nella giurisprudenza costituzionale

Com'è noto, la caratteristica principale della legge-provvedimento è rappresentata dalla capacità del dettato legislativo di incidere in via diretta sulle situazioni giuridiche soggettive dei suoi destinatari, con effetti concreti e puntuali, intervenendo su un campo ordinariamente assegnato all'autorità amministrativa^[7]. Della legge essa mantiene, dunque, esclusivamente la dimensione “formale”, ovvero il procedimento genetico e l'aspetto esteriore, mentre la peculiare configurazione degli effetti prodotti, equivalenti a quelli provvedimentali, la riconduce – sul piano pratico – alle misure propriamente amministrative. Come ampiamente rilevato in dottrina^[8], nella legge-provvedimento emerge una sorta di anomalia genetica che, unificando una qualificazione relativa all'efficacia della decisione pubblica (la legge) ed una che si riferisce al contenuto (provvedimento) «vale ad alterare il sistema delle fonti normative»^[9].

La legittimità di tali atti legislativi è stata più volte scrutinata dalla Corte Costituzionale, che ne ha però escluso l'astratta incostituzionalità rispetto all'assetto dei poteri stabilito dalla Costituzione^[10]. L'assenza in Costituzione di una esplicita “riserva di amministrazione” opponibile al legislatore, non consentirebbe, infatti, di considerare preclusa la possibilità che la legge ordinaria attragga nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'azione amministrativa^[11].

L'ordinanza in commento si sofferma ampiamente sulla giurisprudenza costituzionale in materia, evidenziando come – secondo la Consulta – il sistema di garanzia dei diritti individuali, “colpito” dalla legge-provvedimento, sarebbe comunque assicurato dalla “sostituzione” della giurisdizione costituzionale a quella amministrativa^[12]. D'altro canto, la Corte prevede l'attuazione di uno scrutinio particolarmente stringente sulla ragionevolezza della disposizione, con un riferimento “rafforzato” alle regole ed ai principi – di uguaglianza, parità di trattamento, imparzialità e buon andamento – che ordinariamente presiedono all'attività amministrativa^[13].

Corollario di tale ricostruzione concettuale è, dunque, la valorizzazione della pregnanza del sindacato costituzionale di ragionevolezza della legge, sino al punto da renderlo (o, almeno, di tentare di renderlo) incisivo al pari a di quello giurisdizionale sull'eccesso di potere. In tal modo, la Corte intende riconoscere al privato – seppure nella forma indiretta della rimessione della questione alla Consulta da parte del Giudice amministrativo – una forma di protezione ed un'occasione di difesa pari a quella offerta dal sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi^[14]. Il riconoscimento in capo al legislatore di un ambito di azione che si spinga sino a ricomprendere misure puntuali e concrete viene, dunque, bilanciato attraverso la piena sottoposizione del relativo potere di apprezzamento al vaglio di costituzionalità, sotto il profilo della non arbitrarietà e della ragionevolezza delle scelte compiute: sindacato tanto più rigoroso quanto più marcata appaia la natura provvedimentale dell'atto sottoposto a controllo. Resta, tuttavia, il fatto che lo *strict scrutiny* compiuto dalla Corte in tali circostanze, pur implicando in astratto l'estensione delle valutazioni del Giudice costituzionale, non può in nessun caso essere parificato al sindacato – ben più pregnante – del Giudice amministrativo^[15]. Solo in rari casi, peraltro, la Consulta ha operato un controllo realmente penetrante sulle ragioni che hanno giustificato la deroga ai normali rapporti tra disporre e provvedere, tali da legittimare l'esistenza di una legge in luogo di un provvedimento. Secondo condivisibile dottrina, l'impressione che si ricava è che «la Corte non si inoltri nella ricerca dell'elemento teleologico che sorregge la sostituzione della legge al provvedimento ma si limiti a procedere all'ordinaria verifica della ragionevolezza della disciplina con riguardo al caso concreto»^[16].

Per quel che più interessa il caso oggetto della pronuncia, l'art. 22, comma 8 del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017 viene correttamente ricondotto dal Giudice amministrativo nella categoria delle **leggi-provvedimento c.d. "innovative"**. **Si tratta di disposizioni normative** caratterizzate da personalità ed eccezionalità che, con riferimento a singoli soggetti e a specifici rapporti, derogano al diritto comune ed incidono in via diretta sul principio di eguaglianza^[17]. Il contributo concesso al Teatro Eliseo ha imposto, infatti, all'amministrazione un obbligo di esecuzione ben definito in tutti i suoi elementi costitutivi, privando quest'ultima di qualsivoglia discrezionalità nell'applicazione della norma. In questi casi, come pure il Consiglio di Stato puntualmente rileva, l'unica possibilità di tutela per il cittadino è quella di impugnare gli atti applicativi della legge-provvedimento, seppure di contenuto vincolato, deducendone l'incostituzionalità^[18].

3.1. I profili di incostituzionalità dell'art. 22, comma 8 del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017

Alla luce delle coordinate ermeneutiche della Corte costituzionale, i Giudici di Palazzo Spada rilevano – innanzitutto – il possibile contrasto dell'art. 22, comma 8 del decreto legge n. 50 del 24 aprile 2017 con l'art. 3 della Costituzione.

La finalità enunciata dalla norma, come sopra ricordato, è quella di contribuire alle spese affrontate dal Teatro Eliseo in occasione del suo centenario di attività, attraverso l'erogazione di uno stanziamento straordinario che si discosta dalle regole generali di assegnazione dei fondi statali agli enti teatrali. Sul punto, il Consiglio di Stato, con l'ordinanza annotata, rileva che tale previsione determinerebbe una ingiustificata discriminazione nei confronti degli altri teatri operanti nella medesima area geografica e con riferimento al medesimo bacino di utenti, in quanto soggetti titolari di un equivalente interesse al sostegno pubblico. Secondo il consolidato orientamento della Corte costituzionale, infatti, «[i]l principio di uguaglianza è

violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni»[19], poiché «l'art. 3 Cost. vieta disparità di trattamento di situazioni simili e discriminazioni irragionevoli»[20]. Di conseguenza, «quando situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso»[21], si verifica una palese violazione del principio costituzionale di uguaglianza.

Orbene, nel caso di specie – ad avviso del Giudice amministrativo – non emergerebbero né un particolare interesse pubblico alla elargizione del contributo straordinario al solo Teatro Eliseo[22], né tantomeno specifiche ragioni atte a giustificare una differenziazione del teatro beneficiario rispetto alle situazioni giuridiche soggettive dei teatri appellanti. Specularmente, la particolare importanza storico-artistica del teatro beneficiario, pure sostenuta dalle amministrazioni appellate, non troverebbe riscontro in dati concreti ed intellegibili e neppure se ne rinverrebbe traccia nei lavori preparatori alla legge.

Dall'alterazione degli equilibri nella distribuzione delle risorse pubbliche (garantiti dal sistema comparativo previsto dalla normativa ordinaria e derogati dalla legge-provvedimento), il Consiglio di Stato fa discendere anche la possibile violazione degli artt. 9 e 33 della Carta costituzionale, posti a tutela dello sviluppo della cultura e della libertà dell'espressione artistica, valori rispetto ai quali risulta centrale la parità di accesso ai benefici disponibili.

Particolarmente interessante appare, poi, l'argomentazione relativa alla violazione dell'art. 97 Cost., in relazione ai principi di buon andamento ed imparzialità. Osserva, sul punto, il Consiglio di Stato – richiamando una recente pronuncia della stessa Corte costituzionale[23] – che in materia di leggi-provvedimento il procedimento amministrativo rappresenta il luogo elettivo di composizione degli interessi, in quanto è «nella sede procedimentale (...) che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela». In altre parole, se la legge-provvedimento, per la stessa conformazione che il legislatore ha inteso darle, presenta i tratti e gli effetti di un atto provvedimentale, ne consegue la necessaria applicazione delle garanzie tipiche del procedimento amministrativo, unico luogo che rende possibile l'emersione e la ponderazione degli interessi meritevoli di tutela, nonché la trasparenza dei processi decisionali, l'imparzialità delle scelte ed il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, del pubblico interesse.

Per tali ragioni, la previsione generale contenuta nell'art. 12 della l. n. 241/1990 deve essere considerata, in tali casi, quale norma interposta rispetto all'attuazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, “proiettando” sull'iter formativo della legge-provvedimento il necessario rispetto dei principi vigenti in materia di distribuzione delle risorse pubbliche, secondo i quali – com'è noto – è sempre necessario che i criteri e le modalità per l'attribuzione di vantaggi economici siano predeterminati, al fine di evitare ingiustificate discriminazioni e garantire la trasparenza dell'azione amministrativa[24].

Evidenzia, dunque, il Consiglio di Stato che l'erogazione straordinaria in favore del Teatro Eliseo, operata in assenza di qualsiasi progettualità o valutazione comparativa, si concretizzerebbe in un contributo privilegiato volto a far prevalere l'interesse di uno rispetto a quelli, parimenti meritevoli di tutela, degli altri soggetti esclusi ed «a discapito, quindi, dell'interesse generale».

L'ultimo profilo di incostituzionalità, rilevato dall'ordinanza in commento, riguarda l'art. 41 della Costituzione e s'incardina, dunque, sull'alterazione del meccanismo concorrenziale nel settore teatrale. L'erogazione in denaro conferirebbe, infatti, all'impresa che ne beneficia la possibilità di coprire costi ulteriori e di adottare, dunque, prezzi di mercato più competitivi, a discapito degli altri operatori concorrenti. Non emergerebbe, d'altro canto, alcun elemento idoneo a connotare l'infungibilità o la peculiarità dei servizi offerti dal teatro beneficiario, né tantomeno verrebbero in rilievo altre ragioni che – in un'ottica di bilanciamento – «potrebbero giustificare la deroga al valore costituzionalmente rilevante della libertà di concorrenza».

4. Una considerazione conclusiva

Nell'ultimo ventennio quote crescenti della messa in opera delle politiche pubbliche sono progressivamente passate nelle mani di attori diversi dall'amministrazione. La legislazione prevalente si è mossa, infatti, principalmente in due direzioni: o prevedendo norme dettagliate ed autoapplicative (come nel caso delle leggi-provvedimento), ovvero operando una sorta di "banalizzazione" della pubblica amministrazione, riducendone al minimo il potere decisionale ed accrescendo parallelamente gli oneri formali. Una regolamentazione assorbita soltanto nella forma perde la sua connotazione assiologica, poiché vengono meno i processi di verifica procedimentale con il corpo sociale e con gli interessi che esso esprime. Si delinea, in sostanza, un vero e proprio paradosso, che la dottrina ha sintetizzato come «l'illusione di amministrare senza amministrazione»^[25].

In conclusione, l'effetto della legificazione sul terreno amministrativo, seppur astrattamente compatibile con il sistema costituzionale, finisce per avere conseguenze pratiche spesso controverse: la discrezionalità amministrativa non esercitata apre un vuoto enorme nell'amministrazione della cosa pubblica e determina il trasferimento di valutazioni e controlli in sedi atipiche, con il risultato «di giudizi sommari, (...) di confuse sovrapposizioni e serie disfunzioni»^[26].

[1] L'entità del contributo, inizialmente ridotta dall'articolo 4, comma 3, della legge 22 novembre 2017, n. 175, – (che, nel disporre un finanziamento di 4 milioni di euro in favore di "attività culturali nei territori delle regioni Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria, interessati dagli eventi sismici verificatisi a far data dal 24 agosto 2016", aveva rintracciato la relativa copertura finanziaria proprio nella corrispondente riduzione, per l'anno 2018, dell'autorizzazione di spesa in favore del Teatro Eliseo) – era stata poi raddoppiata per l'anno 2018 dalla Legge di Bilancio.

[2] Cfr., T.A.R. Lazio, sez. II, 6 marzo 2019, n. 3028, in www.giustizia-amministrativa.it, che dichiara inammissibile il ricorso in quanto diretto contro un atto – il decreto ministeriale del 3 agosto 2017 – non idoneo a concretizzare la portata lesiva della legge.

[3] Cfr., Corte Cost., sent. n. 255/2004.

[4] Lo ha stabilito la l. n. 239/2005, a norma della quale i decreti possono, però, essere comunque adottati qualora l'intesa non sia stata raggiunta entro 60 giorni dalla trasmissione del testo alla Conferenza unificata. Con la già citata sentenza n. 255/2004, la Corte costituzionale aveva evidenziato la ineludibile necessità di una riforma profonda della disciplina del finanziamento allo spettacolo dal vivo, che smorzasse l'eccessivo accentramento statale nella procedura di ripartizione del FUS, coerentemente con la mutata disciplina costituzionale discendente dal nuovo titolo V della Costituzione. La Corte aveva sottolineato, in particolare, che «per i profili per i quali occorre necessariamente una considerazione complessiva a livello nazionale dei fenomeni e delle iniziative (...) dovranno essere elaborate procedure che continuino a svilupparsi a

livello nazionale, con l'attribuzione sostanziale di poteri deliberativi alle Regioni od eventualmente riservandole allo stesso Stato, seppur attraverso modalità caratterizzate dalla leale collaborazione con le Regioni».

[5] Attualmente i criteri di ripartizione del FUS sono disciplinati dal D.M. n. 332 del 27 luglio 2017, che ha abrogato, a partire dal 1° gennaio 2018, il Decreto del 2014 e le sue modifiche e integrazioni, fatte salve le disposizioni relative alla presentazione della documentazione consuntiva relativa all'erogazione dei contributi assegnati nel triennio 2015-2017 e comunque fino alla chiusura dei relativi procedimenti amministrativi. La nuova disciplina non si discosta significativamente da quella prevista dal Decreto del 2014. Di recente, a seguito della sospensione delle attività di spettacolo resasi necessaria per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19, il D.l. n. 34/2020 ha individuato criteri specifici per l'attribuzione delle risorse del FUS nel periodo 2020-2022, in deroga alla disciplina generale.

[6] Il D.M. 1° luglio 2014 era stato, invero, dichiarato illegittimo dal TAR Lazio, con sentenza n. 7479 del 28 giugno 2016. Secondo il Giudice amministrativo, l'Amministrazione aveva, infatti, posto in essere una vera e propria riforma del sistema del finanziamento dello spettacolo, ponendo in essere un vero e proprio regolamento ed eludendo le disposizioni di cui all'art. 17 della l. n. 400/1988. Successivamente alla sentenza, l'art. 24, comma 3-*sexies*, del d.l. n. 113/2016, ha ribadito la natura non regolamentare del decreto ministeriale previsto dall'art. 9 del d.l. n. 91/2013 (in virtù del quale era stato emanato il D.M. 1° luglio 2014), chiarendo che le regole tecniche di riparto ivi previste sono basate sull'esame comparativo di appositi programmi di attività pluriennale presentati dagli enti dello spettacolo e possono definire apposite categorie tipologiche dei soggetti ammessi alla presentazione della domanda per ciascuno dei settori di attività. Con sentenza n. 5035 del 30 novembre 2016, il Consiglio di Stato ha poi riformato la sentenza del T.A.R. del Lazio, confermando la natura non regolamentare del DM 1° luglio 2014 e ritenendo l'art. 24, co. 3-*sexies*, del D.L. 113/2016 norma di interpretazione autentica non innovativa.

[7] Secondo la giurisprudenza costituzionale, sono leggi provvedimento quelle che: «contengono disposizioni dirette a destinatari determinati» (sentenze n. 154/2013, n. 137/2009 e n. 2/1997) ovvero «incidono su un numero determinato e limitato di destinatari» (sentenza n. 94/2009), che hanno «contenuto particolare e concreto» (sentenze n. 20/2012, n. 270/2010, n. 137/2009, n. 241/2008, n. 267/2007 e n. 2/1997) «anche in quanto ispirate da particolari esigenze» (sentenze n. 270/2010 e n. 429/2009) e che comportano l'attrazione alla sfera legislativa «della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa» (sentenze n. 94/2009 e n. 241/2008).

[8] Per un inquadramento generale del tema in dottrina, si rinvia a: F. Cammeo, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1907, III, 94; C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1969; R. Dickman, *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 915 ss.; G.U. Rescigno, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. Pub.*, 3/2007, 319 ss. Più di recente: A. Sarandrea, *Legge-provvedimento*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 3430 ss.; S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, *passim*, che affronta ampiamente il problema della "amministrativizzazione" della legge formale come risposta alle nuove esigenze dello Stato sociale.

[9] In tal senso, L. R. Perfetti, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2019, 1021 ss.

[10] L'art. 70 della Costituzione esprime una concezione di legge intesa in senso formale: la legge è tale non perché generale ed astratta, ma in quanto adottata all'esito del procedimento legislativo previsto dalla Costituzione. In tal senso: A. M. Sandulli, voce *Legge (diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 630 ss.

[11] Tale orientamento si è consolidato a partire dalle decisioni n. 50 e 60 del 1957 ed è stato poi confermato dalla sentenza 21 luglio 1995, n. 347, in *Giur. cost.*, 1995, 2608; Id., 16 febbraio 1993, n. 62, in *Giur. cost.*, 1993, 446; Id., 21 marzo 1989, n. 143 in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1601. Tra le pronunce più recenti, si segnalano: Corte cost., n. 275/2013, n. 64/2014, n. 231/2014 e, da ultimo, le pronunce n. 181/2019 e n. 116/2020. Per un'analisi storica delle linee evolutive di questa giurisprudenza, nonché per un approfondimento sul concetto di "riserva di amministrazione", si rinvia a D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996, in part. 56 ss. Certo è che sull'argomento la Corte mantiene da tempo un atteggiamento non pienamente definito. Con sempre maggior frequenza, infatti, la Consulta annulla leggi-provvedimento mediante argomentazioni che sottintendono l'esistenza di una riserva di amministrazione, senza mai però esplicitare la costituzionalità di un tale principio. Esempio ne è la sentenza n. 258 del 2019 che, nel dichiarare illegittima la legge-provvedimento regionale che disciplinava un ambito di materia riservato dalla legge statale ad un provvedimento amministrativo, la Corte costituzionale ha sostenuto a chiare lettere l'esistenza di una «implicita riserva di amministrazione». Cfr., P. Scarlatti, *Aggiornamenti in tema di limiti alle leggi-provvedimento regionali: luci e ombre della sentenza n. 28 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 2019, 360 ss.

[12] Sul punto, si veda in particolare: Corte cost., 10 ottobre 2014, n. 231.

[13] Sul tema, si veda anche il recente commento di S. Spuntarelli, *L'illegittimità costituzionale della legge-provvedimento e la "riserva" di procedimento amministrativo* (Nota a Corte Costituzionale n.116/2020), in questa Rivista, 2020.

[14] Cfr., Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2004, n. 6727, in www.giustizia-amministrativa.it.

[15] Cfr., R. Manfredi, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 5, 2019, 3740 ss.

[16] Cfr., A. Cardone, *Nuovi sviluppi (rectius, ritorni al passato) sulle aree regionali protette in tema di riparto di giurisdizione tra corte costituzionale e giudice amministrativo*, in *Le Regioni*, 2008; Id., *Le leggi-provvedimento e le leggi autoapplicative*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006, spec. 385.

[17] Sul pericolo di violazione del principio di uguaglianza insito in queste previsioni di natura derogatoria, si veda Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, relativa alle norme concernenti la bonifica della ex Italsider di Bagnoli e dell'ILVA di Taranto. Diverso è il caso delle leggi-provvedimento rivolte a dare applicazione concreta ad altre disposizioni normative, che incidono, invece, sulla separazione dei poteri, sottraendo alla cognizione del giudice l'applicazione della legge. Per un approfondimento sulla distinzione, si rinvia a G.U. Rescigno, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, cit.

[18] Sul punto, si segnala anche la recente pronuncia della Quarta Sezione del Consiglio di Stato che, rimarcando la consolidata giurisprudenza amministrativa in materia, ha escluso l'impugnabilità diretta della legge-provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, «dovendo il giudizio di costituzionalità conservare il proprio carattere incidentale, e quindi muovere pur sempre dall'impugnazione di un atto amministrativo (sulla cui qualificazione in termini di lesività e impugnabilità, a sua volta la giurisprudenza amministrativa adotta un approccio peculiare rispetto ai comuni principi proprio in quanto trattasi di atti direttamente applicativi di una legge-provvedimento, v. Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4933)». È, dunque, inammissibile, per difetto assoluto di giurisdizione, il ricorso con il quale si impugni in via diretta dinanzi al giudice amministrativo un atto avente forza di legge, chiedendone l'annullamento previa rimessione alla Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che nella specie si tratti di una legge-provvedimento. Cfr., Cons. di Stato, Sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2409, in www.giustizia-amministrativa.it.

[19] Corte cost., sent. n. 15/1960.

[20] Corte cost., sent. n. 96/1980.

[21] Corte cost., sent. n. 340/2004.

[22] Ricorda, a tal proposito, il Collegio che in ogni operazione di finanziamento «non è intelligibile solo un interesse del beneficiario, ma anche quello dell'organismo che l'erogasse, il quale, a sua volta, altro non è se non il portatore degli interessi, dei fini e degli obiettivi che si intendono soddisfare con l'erogazione del contributo» (Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2555).

[23] Corte cost., sent. 5 aprile 2018, n. 69.

[24] Sul punto, la giurisprudenza amministrativa è salda nell'affermare che, per effetto del corollario desunto dal combinato disposto degli articoli 3 (obbligo di motivazione dell'atto amministrativo) e 12 (provvedimenti attributivi di vantaggi economici) della legge 241/1990, è illegittima la concessione di contributi pubblici qualora l'assegnazione ai relativi beneficiari sia priva di motivazione, ossia non indichi i criteri seguiti per formarla, né faccia rinvio ad altro documento esplicativo con riguardo alla procedura di valutazione eseguita. Sull'argomento, si veda, tra le pronunce più recenti T.A.R. Lazio, n. 2483/2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

È interessante evidenziare che anche il Giudice contabile si è spesso soffermato sulla centralità dell'art. 12 della l. 241/1990 in materia di erogazione di contributi economici ai soggetti privati. In particolare, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo della Lombardia (deliberazione Lombardia, 19 gennaio 2017, n. 4/2017/PRSE) ha stabilito che l'Amministrazione che conceda concesso economici in favore di soggetti privati senza «predeterminare» i criteri e le modalità per la loro attribuzione, viola le regole di sana gestione finanziaria: «la condotta tenuta dall'ente non è conforme ai principi di sana gestione finanziaria in quanto, alla luce dei richiamati principi che governano la materia, l'ente non può compiere una valutazione «implicita» ma deve esplicitare le ragioni per le quali un determinato soggetto è individuato quale beneficiario del vantaggio economico riconducibile all'art. 12 della Legge n. 241/90».

[25] In tali termini, M. Cammelli, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, *Dir. Amm.*, 1-2/2016, 9.

[26] *Ibidem*.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2072 – 15 dicembre 2021

La risarcibilità del danno da perdita di *chance* (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268)

di Ilaria Genuessi

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. La questione di diritto. – 3. La risarcibilità del danno da perdita di *chance* quale frutto di una lenta evoluzione interpretativa. – 3.1. Cenni sull'affermazione della risarcibilità della *chance* nell'ambito del diritto privato. – 3.2. Il percorso verso la risarcibilità della *chance* nel diritto amministrativo alla luce della nozione di interesse legittimo e della tutela mediata del bene della vita. – 3.3. Gli approdi giurisprudenziali più recenti. – 4. La ricostruzione interpretativa del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento. – 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. Il caso di specie.

La questione presa in esame dal Consiglio di Stato nella pronuncia che si annota si pone come particolarmente articolata in ragione di una serie di aspetti, tra i quali, certamente, la stessa complessità della tematica oggetto della vicenda, ovvero l'affidamento della gestione del servizio di trasporto pubblico locale.

Tale ambito, infatti, come noto, è stato interessato da profondi mutamenti nel corso del tempo, così come da evidenti e persistenti criticità, come rilevato, peraltro, nella medesima pronuncia in commento^[1].

In tal senso, incide in misura rilevante la stratificazione normativa registratasi a proposito dello specifico servizio pubblico locale in questione, generatasi anche in conseguenza della presenza di diversi attori sul piano dell'individuazione della disciplina: nel caso di specie, in particolare, non soltanto il legislatore europeo e nazionale, ma altresì le ulteriori previsioni normative dettate, con riguardo al trasporto pubblico locale, dalla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige e, ancora, in relazione alla fattispecie in esame, dalla Provincia autonoma di Bolzano, in ragione della competenza primaria in materia di trasporto di interesse provinciale riservata dallo Statuto Speciale per il Trentino-Alto Adige alla suddetta Provincia autonoma^[ii].

Si ritiene, dunque, preliminarmente, di dover prendere in esame e ricostruire con precisione i principali passaggi, in fatto, della vicenda.

Il primo grado di giudizio, in particolare, aveva ad oggetto l'impugnazione, ad opera di un consorzio stabile operante sul territorio della Provincia autonoma di Bolzano nel settore del trasporto pubblico, della deliberazione della Giunta provinciale recante ulteriore proroga, peraltro in prossimità della scadenza di seconda proroga già disposta, del servizio di trasporto pubblico locale extraurbano, in favore dei due operatori economici già concessionari del servizio dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso.

Mediante il ricorso, in particolare, si chiedeva l'annullamento dei provvedimenti impugnati, oltre che la dichiarazione di inefficacia della predetta proroga, *ex art. 121 c.p.a.* e, in aggiunta, la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno per perdita di *chance*, questione peraltro trattata ampiamente nella parte in diritto della pronuncia e, di conseguenza, fulcro della presente nota.

Avverso la medesima delibera impugnata, peraltro, proponeva ricorso in ottemperanza, a valere anche quale ricorso di legittimità, uno dei concessionari predetti (ricorso peraltro pendente dinanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Bolzano).

Ebbene, con sentenza non definitiva n. 43 del 2021, il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Bolzano si pronunciava respingendo le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'Amministrazione locale e dai controinteressati e accogliendo la domanda di annullamento della delibera provinciale di proroga tecnica delle concessioni in essere impugnata, inquadrando la medesima quale atto illegittimo nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 121, comma 1, lett. b), c.p.a.

La stessa sentenza, tuttavia, respingeva la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, nello specifico in ragione della rilevata sussistenza di esigenze imperative connesse alla necessaria garanzia di continuità del servizio pubblico essenziale in questione e, per quel che rileva nella presente sede, respingeva altresì la domanda risarcitoria formulata, fondando il rigetto sull'argomentazione per cui la domanda sarebbe stata proposta sulla base dello "erroneo presupposto" che l'amministrazione avrebbe dovuto esperire gara pubblica, anziché disporre una proroga della concessione ed altresì in considerazione del fatto che il consorzio non sarebbe stato in grado di dimostrare che, laddove l'amministrazione avesse affidato il servizio adottando misure eccezionali, quali l'affidamento diretto, lo stesso sarebbe risultato aggiudicatario con elevato grado di probabilità.

Mediante la successiva sentenza n. 77/2021, inoltre, sempre il giudice di prime cure, nell'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123, comma 1, c.p.a., disponeva – ritenuta la limitata estensione temporale delle concessioni illegittimamente prorogate – la riduzione delle stesse nella misura minima e riteneva di non irrogare la sanzione pecuniaria *ex art. 123, comma 1, lett. a) c.p.a.*

Avverso la pronuncia proponevano appello i due concessionari interessati dalla illegittima proroga e promuoveva altresì appello incidentale lo stesso consorzio (peraltro nei confronti di entrambe le sentenze menzionate n. 43 e n. 77/2021) con riguardo alle statuizioni che lo avevano visto soccombente, tra le quali lo stesso disconoscimento del diritto del consorzio medesimo al risarcimento del danno per perdita di *chance*.

La stessa Provincia coinvolta si costituiva in giudizio sostenendo nondimeno l'insussistenza da parte del consorzio del preteso danno da perdita di *chance*.

2. La questione di diritto.

Uno dei due soggetti già concessionari in relazione al servizio di trasporto pubblico nell'ambito della Provincia Autonoma di Bolzano proponeva appello avanti al Consiglio di Stato contestando il contenuto delle due menzionate pronunce di primo grado con riferimento ad una serie di passaggi riferiti alla illegittimità della disposta proroga delle concessioni in essere e deducendo in particolare che la proroga avrebbe dovuto essere ritenuta legittima, trovando una conferma nella stessa regolamentazione della materia di derivazione europea.

Sotto altro profilo, si censurava, altresì, l'appellata sentenza non definitiva di primo grado nella parte in cui rilevava che la sussistenza dei requisiti di ordine generale propri degli operatori economici affidatari dovesse essere verificata ad opera dell'amministrazione affidante, anche nelle ipotesi di proroga o rinnovo contrattuale.

Nel contempo, uno dei concessionari appellanti chiedeva fosse disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE della questione circa la compatibilità di un sistema interno ostativo alla reiterabilità delle proroghe di durata inferiore al biennio, con l'art. 5, comma 5 del Regolamento UE n. 1370/2007.

Ulteriori argomentazioni in diritto venivano impiegate dall'altro concessionario, proponente autonomo appello avverso le due sentenze del Tribunale di Giustizia Amministrativa di Bolzano, il quale evidenziava, in particolare, come la proroga disposta in favore dei gestori attuali avrebbe dovuto essere giudicata perfettamente coerente con il – pur peculiare – quadro normativo (europeo, ma anche regionale e provinciale) di riferimento.

Particolarmente rilevanti appaiono, dunque, le diverse questioni di diritto trattate dalla pronuncia del Consiglio di Stato oggetto della presente annotazione, la quale presenta una consistente parte in diritto nell'ambito della quale il Supremo Consesso amministrativo espone diverse e articolate ragioni per le quali entrambi gli appelli principali degli attuali concessionari debbano essere respinti.

Così, si destituisce di fondamento la tesi della “ultra-vigenza” dei rapporti concessori originari; si evidenzia la violazione della normativa di emanazione europea sull’argomento, oltre che della norma di diritto interno, di cui all’art. 23 della legge provinciale n. 15/2015 e, da ultimo, non si ritiene neppure applicabile al caso di specie l’art. 92, comma 4-ter, d.l. 18/2020, recante disciplina peculiare in merito alle procedure in corso, in conseguenza della pandemia da Covid-19.

Tutte le suddette pur rilevanti ragioni di censura formulate dagli appellanti e le argomentazioni proprie della pronuncia in esame, tuttavia, non possono porsi quale oggetto di più estesa trattazione, ritenuto che la stessa sentenza del Consiglio di Stato si sofferma altrettanto diffusamente su altro aspetto oggetto del secondo motivo di ricorso incidentale del consorzio e, di conseguenza, fulcro della presente disamina.

Il consorzio, infatti, mediante ricorso incidentale in appello – come accennato – censurava lo specifico capo della sentenza di primo grado laddove i giudici avevano respinto la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, rilevando come la Provincia mediante il suo operato gli avesse di fatto impedito di concorrere per l’affidamento della concessione in oggetto mediante l’impiego dei moduli propri dell’evidenza pubblica.

Nel dettaglio, il giudice di prime cure, nel caso sottoposto alla sua attenzione, aveva ritenuto preclusa la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* a causa del rilievo, ritenuto assorbente, per cui il consorzio non sarebbe stato in grado di dimostrare di avere perduto, quale diretta conseguenza dell’illegittima proroga dei servizi in favore dei concessionari uscenti, un’occasione concreta di aggiudicarsi direttamente il servizio.

In altri termini, il solo fatto di operare nel settore del trasporto pubblico di linea a livello locale – secondo il giudice di prime cure – rappresenterebbe un dato privo di rilevanza posto che, se l’amministrazione avesse affidato il servizio impiegando una delle misure eccezionali, quale l’affidamento diretto, avrebbe potuto rivolgersi a tutti gli operatori economici del settore, non necessariamente a quelli presenti a livello locale.

Il consorzio ricorrente non avrebbe cioè dimostrato di poter risultare aggiudicatario, con un elevato grado di probabilità: avrebbe avuto soltanto una “mera possibilità” di aggiudicazione, con la conseguente configurazione di un danno solo ipotetico, in quanto tale non meritevole di reintegrazione in sede di giudizio, poiché – secondo quanto asserito dal giudice di primo grado – “non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto”.

Aspetto di rilevanza e meritevole di attenzione, pertanto, appare quello per cui il Consiglio di Stato, nell’ambito della pronuncia di appello in commento, ha ritenuto erronea la suddetta statuizione del giudice di primo grado, disponendo conseguentemente la liquidazione, in via equitativa, del medesimo danno da perdita di *chance*.

Di particolare interesse poi le argomentazioni sulla base delle quali i giudici del Consiglio di Stato nella pronuncia in questione sono giunti a riconoscere la sussistenza di tale suddetto danno, dettando le coordinate generali al fine della sua risarcibilità.

La questione si ritiene possa essere presa in esame, anzitutto, a partire dagli orientamenti giurisprudenziali che progressivamente si sono affermati in merito al pregiudizio, meritevole di risarcimento, consistente nella perdita di *chance*.

3. La risarcibilità del danno da perdita di *chance* quale frutto di una lenta evoluzione interpretativa.

È lo stesso Consiglio di Stato, nell'ambito della pronuncia in commento, a porre in evidenza come il riconoscimento della risarcibilità della perdita di *chance* si ponga quale esito di “una lenta evoluzione interpretativa”.

Nel dettaglio, si tratterebbe di una figura elaborata allo scopo di trasferire sul piano delle situazioni giuridiche soggettive e, dunque, del danno ingiusto, una questione problematica concernente la causalità incerta e, in particolare, le fattispecie in cui non risulti possibile accertare, in senso astratto ed in termini oggettivi, se un determinato esito vantaggioso – in favore di chi invoca il medesimo – si sarebbe o meno verificato senza l'ingerenza illecita del danneggiante.

Come rammentato nella pronuncia in esame, cioè, al fine di superare lo stallo della “deficienza cognitiva del processo eziologico”, sarebbe stata operata la predetta “traslazione”, facendo pertanto assurgere a bene giuridico “autonomo” lo stesso “sacrificio della ‘possibilità’ di conseguire il risultato finale”^[iii].

3.1. Cenni sull'affermazione della risarcibilità della *chance* nell'ambito del diritto privato.

Orbene, nell'ambito del diritto privato il danno da perdita di *chance* è stato preso in esame dalla giurisprudenza^[iv] e dalla stessa dottrina^[v] ed in senso generale le ipotesi in cui più frequentemente tale danno è stato nel tempo riconosciuto riguardano la responsabilità medica, rispetto alla mancata attivazione di una cura, ovvero di un intervento sanitario, il cui esito sarebbe stato, tuttavia, incerto.

In tale ambito, pur a fronte delle posizioni che intendevano inizialmente la *chance* quale mero interesse di fatto, si è fatta strada nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione l'idea circa la risarcibilità del danno in caso nell'ipotesi di mera perdita di *chance*^[vi].

Il *leading case* in tema di perdita di *chance* pare rappresentato dalla nota sentenza del Pretore di Roma del 27 marzo 1977, concernente la mancata sottoposizione di alcuni autisti, avviati dall'ufficio di collocamento ad una società privata di trasporti, in base a richiesta numerica di quest'ultima, alle prove di cultura elementare e di guida dal cui – anche solo probabile – superamento sarebbe derivata l'assunzione al lavoro.

Nell'ambito di tale storica pronuncia la *chance* viene intesa quale utilità economicamente valutabile, situazione fonte di reddito non certo, ma probabile e la responsabilità da perdita di *chance* è riportata all'ambito della responsabilità contrattuale, nel senso che la perdita dell'occasione favorevole deve essere conseguenza immediata e diretta del comportamento del debitore, presentandosi come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento secondo il principio della regolarità causale.

Dagli anni Ottanta del secolo scorso la Suprema Corte, poi, perlopiù nell'ambito lavoristico, ritiene risarcibile tale posta di danno, intendendo la *chance* quale probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni ed esplicitando il principio di diritto per cui, ai fini della dimostrazione del

verificarsi di un danno certo, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, sia sufficiente per il soggetto danneggiato provare che la possibilità sia superiore al cinquanta per cento^[vii].

Attorno alla natura giuridica della *chance*, peraltro, sono emerse diverse tesi interpretative di fatto riconducibili da un lato a quella c.d. “eziologica”, che riporta l’istituto all’ambito del “lucro cessante” e, dall’altro, la tesi “ontologica”, che intende la *chance* quale “danno emergente”.

Nel primo caso, in particolare, si ritiene che la *chance* non possa essere qualificata quale bene autonomo e nemmeno quale entità a sé stante, ma unicamente quale vantaggio che discende dal bene oggetto di una situazione giuridica soggettiva tutelata, determinante peraltro a carico del danneggiato l’onere probatorio circa il sicuro raggiungimento del risultato favorevole, ovvero del nesso di causalità e della ragionevole probabilità della sua verifica, in base a circostanze certe e allegare^[viii].

Nel secondo, invece, la *chance* è intesa come bene giuridico, presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, determinante una perdita in caso di sua lesione, con la conseguenza per cui il danneggiato dovrebbe provare unicamente la mera possibilità di raggiungere il risultato sperato^[ix].

Di recente, nell’ambito civilistico, una estesa trattazione dell’istituto in questione è stata condotta dalla medesima giurisprudenza della Suprema Corte, rispetto all’ambito della responsabilità sanitaria, nell’ambito della pronuncia della Sezione Terza n. 28993/2019, ove i giudici hanno rilevato, in particolare, un “duplice paralogismo che ha accompagnato l’evoluzione storica della teoria della *chance* perduta”, concretizzatosi, da un lato, nella ricostruzione dei suoi tratti caratterizzanti in termini di danno patrimoniale e, dall’altro, nell’aver sovrapposto uno degli elementi essenziali della fattispecie dell’illecito, il nesso causale, con il suo oggetto (ossia il sacrificio della possibilità di un risultato migliore) “tanto da indurre autorevole dottrina a contestarne in radice la legittimità della sua stessa esistenza e della relativa teorizzazione”^[x].

Nell’ambito di tale lucida analisi i giudici hanno altresì esplicitato come la *chance* “patrimoniale” presenti, in apparenza, “le stimmate dell’interesse pretensivo (mutuando tale figura dalla dottrina amministrativa, sia pur soltanto in parte qua, attese le evidenti differenze morfologiche tra l’interesse legittimo e la *chance*: mentre il primo incarna l’aspirazione - e la pretesa - alla legittimità dell’azione amministrativa e preesiste, dunque, all’azione amministrativa stessa, la *chance* viene in rilievo quando essa è stata perduta e cioè quando l’attività amministrativa, ormai esauritasi, è irrimediabilmente viziata e il vizio ha cagionato un danno risarcibile), e cioè postula la preesistenza di una situazione “positiva”, i.e. di un *quid* su cui andrà ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante impedendone la possibile evoluzione migliorativa”^[xi].

La summenzionata pronuncia appare degna di nota in quanto avrebbe evidenziato, quantomeno nell’ambito civile, un ulteriore – a detta dei giudici – ragionamento fallace in cui incorre la giurisprudenza di legittimità e di merito, oltre che parte della dottrina, fondato sulla contrazione degli elementi “destinati ad integrare diacronicamente la fattispecie dell’illecito”^[xii].

La *chance*, come delineata in tale pronuncia dei giudici di legittimità, si sostanzierebbe pertanto “nell'incertezza del risultato, la cui "perdita", ossia l'evento di danno, è il precipitato di una chimica di insuperabile incertezza, predicabile alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo rapportate alle condizioni soggettive del danneggiato. Tale evento di danno sarà risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante, che pur sempre attiene al "bene salute", sempre che esso sia stato allegato e (...) provato in giudizio nella sua già ricordata dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza, e non già soltanto in base alla pura e semplice relazione causale tra condotta ed evento, in guisa di danno *in re ipsa*”.

3.2. Il percorso verso la risarcibilità della *chance* nel diritto amministrativo alla luce della nozione di interesse legittimo e della tutela mediata del bene della vita.

Nell'ambito del diritto privato, come evidenziato, la perdita di *chance* – istituto a matrice essenzialmente giurisprudenziale, alla luce del silenzio normativo sull'istituto – ha avuto e pare abbia quale modello teorico di riferimento il danno patrimoniale, pur nel dibattito circa la sua forma di danno emergente, ovvero di lucro cessante.

Certamente peculiare appare invece il percorso evolutivo circa la risarcibilità del danno di cui trattasi nel settore del diritto amministrativo, ove la lesione della *chance* è stata impiegata allo scopo di riconoscere una qualche tutela – seppur per equivalente – a fronte delle aspettative deluse in conseguenza dell'illegittimo espletamento, od anche mancato espletamento, di un procedimento amministrativo^[xiii].

Appare chiaro come nelle ipotesi di attività amministrativa caratterizzata da ampia discrezionalità, infatti, l'esito di un giudizio prognostico risulti necessariamente incerto, ragione per cui la stessa giurisprudenza amministrativa ha cominciato ad utilizzare la tecnica risarcitoria della c.d. *chance*^[xiv].

Proprio nel diritto amministrativo, ad ogni modo, la figura della *chance* ed il suo risarcimento, impiegati perlopiù con riferimento all'ambito della contrattualistica pubblica, hanno da subito mostrato diversi aspetti problematici, certamente connessi alle specificità proprie del diritto amministrativo stesso^[xv].

In dettaglio, si può affermare che l'esordio del dibattito sulla risarcibilità del danno da perdita di *chance* possa essere ricondotto alla storica pronuncia delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione n. 500 del 1999 mediante la quale, agli effetti della risarcibilità, ai sensi dell'art. 2043 c.c., si è esplicitato dovesse ritenersi "ingiusto" il danno arrecato in difetto di una causa di giustificazione, lesivo di interessi giuridicamente tutelati, in quanto tali comunque presi in considerazione da una norma di protezione anche a fini diversi da quelli risarcitori, quale che sia la qualificazione formale di detti interessi e al di là della strutturazione quali diritti soggettivi perfetti^[xvi].

Mediante tale statuizione, in altri termini, si è ritenuto ammissibile il risarcimento della stessa posizione giuridica soggettiva corrispondente all'interesse legittimo, sebbene con la precisazione per cui non si possa approdare ad una indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale, bensì si possa pervenire al risarcimento soltanto ove l'attività illegittima della P.A. abbia determinato “la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente

si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo”^[xvii].

Uno dei principali profili problematici ed oggetto di ampio dibattito nell'ambito del diritto amministrativo, dunque, a far data dalla suddetta storica pronuncia delle sezioni unite, è stato quello concernente l'ammissibilità del risarcimento del danno da *chance* perduta in relazione alla posizione giuridica di interesse legittimo^[xviii].

Così, sempre nel settore del diritto amministrativo, pronuncia di estrema rilevanza sul tema appare Consiglio di Stato n. 686/2002, sentenza nella quale i giudici hanno rilevato che laddove si dovesse adottare la ricostruzione di cui alla citata pronuncia del Pretore di Roma 27 marzo 1977, ove la perdita di *chance* veniva riportata alla responsabilità contrattuale, il relativo danno non sarebbe invocabile in tema di risarcibilità degli interessi legittimi, dovendosi ritenere “*ius positum*” che la risarcibilità dell'interesse legittimo è da riportare alla clausola generale di cui all'art. 2043 cod. civ. (Cass. Sez. Un. n. 500/1999) pur essendo stati ipotizzati in dottrina anche percorsi ricostruttivi differenti della responsabilità da interesse legittimo (come responsabilità da "contatto sociale" e quindi "contrattuale")”^[xix].

La rilevante statuizione sul tema cui è approdato il Collegio è, dunque, quella per cui “in realtà non può dirsi che la responsabilità da perdita di *chance* venga in rilievo solo nell'ambito della responsabilità contrattuale”, non essendo la qualificazione della responsabilità come contrattuale a determinare la risarcibilità della *chance*, quanto “il verificarsi di presupposti significativi per il raggiungimento del risultato sperato”^[xx].

Richiamando l'antecedente pronuncia della Corte di Cassazione n. 6506/1985, inoltre, il Consiglio di Stato ha precisato in tale sede come la possibilità di conseguire il risultato utile, per avere la concretezza rammentata, presupponga la sussistenza di una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento, posto che, in caso contrario, diverrebbero risarcibili anche mere possibilità statisticamente non significative.

In particolare, la concretezza della probabilità, secondo quanto affermato dai giudici del Supremo Consesso amministrativo, dovrebbe essere statisticamente valutabile mediante un giudizio sintetico che ammetta – con giudizio prognostico *ex ante*, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sulla base degli elementi di fatto forniti dal danneggiato – che il pericolo di non verificazione dell'evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al cinquanta per cento.

Del resto, in senso generale, non soltanto appare difficoltoso ricondurre la *chance* nell'ambito di una precisa categoria di danni risarcibili, trattandosi in definitiva di una possibilità, in quanto tale connotata da un evidente margine di aleatorietà, ma l'elemento foriero di incertezze, in aggiunta, pare quello della precisa perimetrazione degli stessi presupposti fondanti la *chance*.

A conferma della problematicità della questione, di seguito, si sono registrate nel tempo diverse opinioni nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, così come della dottrina^[xxi], peraltro sviluppatasi attorno a due principali correnti interpretative: l'una favorevole al risarcimento della *chance* perduta, a prescindere dalla verifica circa le probabilità di successo, ritenendo dunque elemento sufficiente ai fini del risarcimento quello della perdita dell'astratta possibilità di conseguire un bene della vita, negato in conseguenza di atti illegittimi dell'amministrazione e l'altra volta a richiedere, ai fini risarcitori, una prova della sussistenza di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita, nel caso concreto^[xxii].

Alla luce del rammentato contrasto presente nell'ambito della giurisprudenza amministrativa sul punto, la specifica questione circa l'opzione tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica", con riferimento al problema dell'astratta risarcibilità della *chance* è anche recentemente risultata oggetto di rimessione alla stessa Adunanza plenaria ad opera della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con specifico riguardo alla materia dei contratti pubblici^[xxiii].

Quest'ultima, tuttavia, ha ritenuto la questione non potesse essere utilmente esaminata nell'ambito della controversia, ravvisandosi l'opportunità di restituire gli atti alla Sezione, osservando in particolare come le affermazioni contenute nella sentenza non definitiva della Sezione in ordine alla sussistenza del nesso di causalità ed alla consistenza della *chance* di aggiudicazione – nel caso di specie calcolata secondo una percentuale correlata al numero dei potenziali concorrenti di una gara virtuale – avrebbe implicato l'utilizzazione di un metodo di accertamento dell'illecito e di liquidazione del danno, la cui correttezza avrebbe potuto apparire strettamente correlata ai quesiti prospettati sulla ricostruzione dell'illecito e sulle conseguenze sull'esistenza e sulla liquidazione del danno da perdita di *chance*; quesiti, peraltro, giudicati nella pronuncia "risolvibili in astratto anche attraverso l'individuazione di percorsi ricostruttivi alternativi ovvero intermedi e comunque eclettici rispetto alla dicotomia tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica"^[xxiv].

Così, di seguito, un filone giurisprudenziale ha definito la perdita di *chance* quale danno attuale, che non si identifica con la perdita di un risultato utile, differenziandosi dal "danno futuro", ma con il venir meno della possibilità di conseguire il risultato stesso; possibilità che, per configurare una fattispecie di pregiudizio giudizialmente risarcibile, dovrebbe risultare statisticamente rilevante, ovvero si manifestarsi quale rilevante probabilità di raggiungimento del risultato sperato, con la conseguente necessità di distinguere fra la effettiva "probabilità di riuscita" (che dà vita a una fattispecie di *chance* risarcibile) e la mera "possibilità di conseguire l'utile cui si ambisce" (contrariamente, costituente ipotesi non risarcibile in via giudiziale)^[xxv].

D'altra parte, tuttavia, rispetto a tale orientamento sono sorte numerose critiche volte a sconfessare tale tesi, perlopiù nell'ambito del formante dottrinale, le quali hanno ritenuto tale configurazione del danno da perdita di *chance*, quale danno attuale, incompatibile con gli stessi principi governanti l'azione amministrativa, ritenuto che l'attualità non potrebbe ritenersi insita nella *chance*, poiché dipenderebbe dall'esercizio del potere amministrativo^[xxvi].

In senso generale, cioè, sono state prospettate difficoltà rispetto alla stessa configurazione della *chance* quale interesse meritevole di tutela, posto che la meritevolezza del predicato interesse dovrebbe ad ogni modo interfacciarsi con la legittimità dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione pubblica^[xxvii].

Tali critiche sono state avanzate, in particolar modo, con riferimento all'ambito dei contratti pubblici e, ad ogni modo, rispetto alle fattispecie caratterizzate dall'esercizio di un potere amministrativo con ampia discrezionalità, laddove si porrebbero rilevanti problematiche in termini di qualificazione della *chance* quale ipotesi di danno risarcibile poiché facente parte del patrimonio del concorrente: in tal caso, infatti, le valutazioni dell'amministrazione e così delle stazioni appaltanti dovrebbero ritenersi insindacabili, anche in punto di spettanza del bene, cosicché in caso di giudizio prognostico, richiesto dal meccanismo risarcitorio della *chance*, il giudice amministrativo andrebbe di fatto a sostituirsi all'autorità, superando la riserva del potere amministrativo^[xxviii].

La stessa giurisprudenza in ambito europeo, nel campo del diritto amministrativo e in particolare rispetto alle procedure ad evidenza pubblica al fine della tutela della concorrenza, ha riconosciuto la risarcibilità del danno da perdita di *chance* quale mancata opportunità di conseguire il bene della vita, in presenza, tuttavia, di precisi presupposti configuranti il danno in questione, tra i quali il nesso di causalità evidente tra condotta illecita del soggetto agente e conseguente evento di danno^[xxix].

3.3. Gli approdi giurisprudenziali più recenti.

In termini generali la giurisprudenza amministrativa è approdata, in tempi recenti, perlopiù nell'ambito della contrattualistica pubblica, al riconoscimento del risarcimento del danno da perdita di *chance* quale schema di reintegrazione patrimoniale riguardo un bene della vita connesso ad una situazione soggettiva che, quando è sostitutiva di una reintegrazione in forma specifica, come nei contratti pubblici, poggia sul fatto che un operatore economico che partecipa ammissibilmente a una procedura di evidenza pubblica, in quanto partecipante e per ciò solo, si può ritenere portatore di un'astratta e potenziale *chance* di aggiudicarsi il contratto^[xxx].

Nel dettaglio, in tale ambito operativo, si è riconosciuta la risarcibilità del danno da perdita di *chance* in relazione alla fattispecie concreta del mancato espletamento di una procedura competitiva, anche in conseguenza dell'accertato illegittimo affidamento diretto di un contratto d'appalto^[xxxi], ovvero nell'ipotesi in cui l'unico esito possibile dell'annullamento degli atti di gara sia l'aggiudicazione in favore dell'operatore economico vittorioso in giudizio, con la conseguenza per cui, ove non sia praticabile il risarcimento in forma specifica, si ritiene dovuto il danno c.d. "da aggiudicazione illegittima"^[xxxii].

In tempi più recenti, in particolare, l'orientamento prevalente nell'ambito della giurisprudenza amministrativa è giunto ad affermare la risarcibilità della *chance* condizionando la stessa ad un preciso presupposto, ossia la sussistenza di una rilevante probabilità del risultato utile, che sia stata vanificata dall'agire illegittimo dell'amministrazione; tale orientamento ha introdotto una sorta di necessaria "misurazione" della probabilità, la quale – si è affermato – non possa identificarsi nella semplice possibilità di conseguire il risultato sperato, ma debba consistere nella perdita attuale di un esito favorevole, anche solo probabile, se non addirittura nella prova certa di una probabilità di successo, almeno pari al cinquanta per cento^[xxxiii].

In termini generali, dunque, il danno da perdita di *chance* è oggi ritenuto risarcibile ad opera della giurisprudenza amministrativa, pronunciata di recente non soltanto con riferimento

all'ambito della contrattualistica pubblica, bensì anche in relazione ad altri campi quale quello del pubblico impiego privatizzato, peraltro sulla base dei suddetti presupposti.

In proposito, in particolare, si è recentemente evidenziato come in materia di pubblico impiego privatizzato, il danno risarcibile di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, non derivi dalla mancata conversione del rapporto, bensì dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte dell'amministrazione, configurabile come perdita di *chance* di un'occupazione alternativa migliore, con onere della prova a carico del lavoratore, ai sensi dell'art. 1223 c.c.[[xxxiv](#)].

Ultimamente sulla specifica questione, a lungo oggetto di ampio dibattito in giurisprudenza, così come in dottrina – come evidenziato – si è espressa nuovamente la stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato precisando come nell'ambito della dicotomia danno emergente - lucro cessante posta dall'[art. 1223 cod. civ.](#), l'accertamento del nesso di consequenzialità immediata e diretta del danno con l'evento ponga problemi di prova con riguardo al lucro cessante in misura decisamente maggiore rispetto al danno emergente; infatti, “a differenza del secondo, consistente in un decremento patrimoniale avvenuto, il primo, quale possibile incremento patrimoniale, ha di per sé una natura ipotetica. La valutazione causale [ex art. 1223 cod. civ.](#) assume pertanto la fisionomia di un giudizio di verosimiglianza (*rectius*: di probabilità), in cui occorre stabilire se il guadagno futuro e solo prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità se non fosse intervenuto il fatto ingiusto altrui”.

Proprio in questo ambito, pertanto, sarebbe sorta la tematica in esame concernente la risarcibilità della *chance*, tuttavia, ritenuta ormai sia dalla giurisprudenza civile sia da quella amministrativa – come posto in evidenza proprio nella pronuncia della plenaria in questione – “una posizione giuridica autonomamente tutelabile – morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole (e in ciò distinta dall'elemento causale dell'illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa) – purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata e nella quale può quindi essere ricondotta la pretesa risarcitoria connessa al regime tariffario incentivante di cui la società ricorrente chiede il ristoro per equivalente”[[xxxv](#)].

In termini di tecnica risarcitoria, inoltre, ai fini della risarcibilità del danno da perdita di *chance*, il prevalente orientamento nell'ambito della giurisprudenza amministrativa pare ritenga oggi configurabile l'accesso al risarcimento per equivalente solo laddove la *chance* abbia effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, condensata nel concetto di "probabilità seria e concreta", ovvero di "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato.

Così, trattando dell'onere probatorio, ai fini dell'accoglimento della domanda di risarcimento, si esigerebbe sia fornita la prova, anche soltanto presuntiva, circa l'esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità, sebbene non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile[[xxxvi](#)].

4. La ricostruzione interpretativa del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento.

La pronuncia in commento, alla luce di quanto sopra esposto, si colloca certamente nell'ambito dell'analizzato percorso interpretativo della stessa giurisprudenza amministrativa a proposito della risarcibilità del danno da perdita di *chance* – come evidenziato – faticosamente affermatosi proprio nell'ambito del diritto amministrativo e, di seguito, riconosciuto soprattutto in relazione all'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, oltre che, di recente, in ulteriori ambiti quali il pubblico impiego privatizzato, ovvero la mancata nomina ad incarichi direttivi^[xxxvii].

Meritoria appare pertanto la pronuncia in commento, in primo luogo, laddove afferma chiari principi a proposito della configurabilità di un danno da perdita di *chance*, peraltro scardinando, con riguardo alla specifica controversia, la tesi sostenuta sul punto dai giudici di primo grado e riconoscendo, inoltre, la stessa risarcibilità della *chance* perduta nel caso concreto sottoposto all'attenzione del giudice d'appello.

In secondo luogo, la pronuncia appare rilevante posto che, inserendosi nell'evidenziato dibattito circa i presupposti di configurabilità e risarcibilità del danno da perdita di *chance* nell'ambito amministrativo, assume una precisa posizione anche all'interno di tale disputa sul piano giurisprudenziale.

Il Collegio rileva, in particolare, l'erroneità delle statuizioni del giudice di primo grado, il quale ha sostenuto come la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* dovesse ritenersi nella fattispecie preclusa per l'assorbente rilievo per cui il consorzio asseritamente danneggiato non sarebbe stato in grado di dimostrare l'occasione concreta di aggiudicarsi direttamente il servizio, ovvero che sarebbe risultato aggiudicatario, con un elevato grado di probabilità. Tale circostanza, peraltro, non avrebbe potuto essere ricavata in base a elementi certi e obiettivi, potendo l'Amministrazione rivolgersi a tutti gli operatori economici del settore, non necessariamente solo a quelli presenti a livello locale.

I giudici del Tribunale Regionale sarebbero di seguito approdati, secondo il Consiglio di Stato, all'erronea statuizione per la quale al di sotto del livello della elevata probabilità, non sussisterebbe che la "mera possibilità", configurante un danno meramente ipotetico, non meritevole di reintegrazione, in quanto non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto.

Nel dettaglio, sul piano della stessa esistenza e configurabilità della *chance* nel diritto amministrativo, la pronuncia in commento afferma, a chiare lettere, come il vizio accertato dal giudice amministrativo consista nella violazione di una norma di diritto pubblico che – non ricomprendendo nel suo raggio di protezione l'interesse materiale – assicura all'istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale. L'"ingiustizia" del danno assumerebbe in tal senso ad oggetto soltanto il 'quid' giuridico, minore, ma comunque autonomo, consistente nella spettanza attuale di una mera possibilità.

A sostegno di tale ricostruzione, peraltro, il Consiglio di Stato fa riferimento al contesto stesso della moderna economia di mercato, nell'ambito del quale anche la diminuzione di una probabilità di eventi patrimoniali favorevoli rileva quale perdita patrimoniale, al pari del nocumento fisico, riferito ad una perdita tangibile.

Rilevante poi il passaggio della sentenza in esame laddove i giudici sconfessano la ricostruzione del giudice di primo grado fondata sulla "elevata probabilità di realizzazione",

quale condizione affinché la *chance* acquisti una rilevanza giuridica, posto che in tal modo – ritengono – si va ad assimilare, in maniera fuorviante, il trattamento giuridico della figura nell’ambito amministrativo alla causalità civile ordinaria.

Si tratterebbe, al contrario, di una fattispecie di danno solo “ipotetico”, rispetto al quale “non si può oggettivamente sapere se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato”, come a dire che sarebbe certa la contrarietà al diritto della condotta di chi ha cagionato la perdita della possibilità, ma non sarebbe conoscibile l’apporto causale rispetto al mancato conseguimento del risultato utile finale.

Di conseguenza, posto che nell’ambito giurisdizionale compito del giudice sarebbe quello di riconoscere all’interessato il controvalore della mera possibilità – peraltro già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l’*an* del giudizio di responsabilità consisterebbe di fatto soltanto nell’accertamento del nesso causale tra la condotta antigiuridica e l’evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità.

In sostanza, il Consiglio di Stato giunge nella pronuncia in commento ad una chiara tesi interpretativa, anche in merito alla determinazione del *quantum* risarcibile, contrapponendosi di fatto all’orientamento affermatosi nell’ambito della più recente giurisprudenza amministrativa sul tema, volto a richiedere ai fini della risarcibilità della perdita di *chance* la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento.

Così, la tecnica probabilistica andrebbe impiegata, non per accertare l’esistenza della *chance* quale bene a sé stante, ma al fine di misurare in modo equitativo il ‘valore’ economico della stessa, in sede di liquidazione del *quantum* risarcibile: il risarcimento rappresenterebbe pur sempre “una compensazione (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo”^[xxxviii].

Mediante tale affermazione, evidentemente, i giudici nella pronuncia in esame operano una evidente ripermetrazione del concetto stesso di *chance*, aderendo alla tesi della *chance* “ontologica” e mirando verosimilmente ad un ampliamento della tutela in favore del presunto soggetto danneggiato^[xxxix].

In proposito, al fine di non estendere in maniera eccessiva l’area del danno risarcibile, incorrendo in una “forma inammissibile di responsabilità senza danno”, si aggiunge alla ricostruzione un elemento ritenuto necessario al fine di raggiungere la soglia dell’“ingiustizia”, ovvero sia che “la *chance* perduta sia “seria”, presupposto che – si ritiene in sentenza – possa ritenersi sussistente verificando con estremo rigore che la perdita della possibilità di risultato utile sia effettivamente imputabile alla condotta altrui contraria al diritto e appurando che la possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate; si esclude altresì dall’area del danno risarcibile il caso in cui le probabilità perdute si attestino ad un livello “del tutto infimo”.

Da ultimo, si rileva come la *chance* presupponga “una situazione di fatto immodificabile, che abbia definitivamente precluso all’interessato la possibilità di conseguire il risultato favorevole cui aspirava”: il giudizio di ingiustizia può assumere ad oggetto la perdita della possibilità di un vantaggio, cioè, solo laddove il procedimento amministrativo dichiarato illegittimo non sia più in alcun modo ‘ripetibile’.

Delineate le coordinate definitorie e di risarcibilità della *chance* nel diritto amministrativo, in senso generale, il Supremo Consesso amministrativo esplicita poi come, nel caso di specie, la scelta dell'Amministrazione di prorogare per la terza volta le concessioni in essere abbia senza dubbio conculcato le *chance* acquisitive dell'operatore economico ricorrente, ritenute dotate, nella fattispecie concreta oggetto del giudizio, del carattere della 'serietà'.

In termini del *quantum* risarcitorio del danno da perdita di *chance* – non corrispondente al danno da mancata aggiudicazione che si identifica con l'interesse positivo ed il danno curricolare – il collegio ritiene necessario procedere mediante valutazione equitativa, *ex art.* 1226 c.c., stante l'impossibilità di formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa mai svolta, peraltro rifacendosi concretamente ai costi, ricavi e proventi esplicitati nell'ambito della impugnata delibera.

5. Alcune riflessioni conclusive.

La pronuncia in commento, come posto in evidenza, concerne un istituto – quello della *chance* – non considerato sul piano normativo, ampiamente preso in esame da giurisprudenza e dottrina e certamente di difficile inquadramento.

L'istituto, già di difficoltosa perimetrazione a proposito della sua esistenza, configurabilità e risarcibilità nell'ambito del diritto privato, laddove – come messo in luce – si sono affermate le contrapposte tesi “eziologica” ed “ontologica”, pare a maggior ragione connotato da evidente complessità e problematicità nell'ambito del diritto amministrativo.

In quest'ultimo campo, infatti, l'esercizio del potere amministrativo, la corrispettiva posizione di interesse legittimo e l'ampia discrezionalità che connota l'azione amministrativa specialmente in talune ipotesi, rendono effettivamente complessa la definizione del concetto di *chance* risarcibile e, dunque, la realizzabilità di un giudizio prognostico.

Peraltro, la stessa giurisprudenza amministrativa non ha mostrato un indirizzo interpretativo univoco, ma nel tempo ha presentato diversificate soluzioni, oscillando tra tesi ontologica ed eziologica e adottando molteplici ricostruzioni sotto il profilo della prova richiesta, oltre che della liquidazione del danno; recentemente, in diverse occasioni, i giudici amministrativi hanno ammesso il risarcimento da perdita di *chance* laddove sia fornita prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento^[x].

In tal senso, significativo appare il ragionamento del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, laddove, trattando dell'istituto della *chance*, denuncia la confusione presente sul tema nell'ambito della stessa giurisprudenza amministrativa, generatasi peraltro dalla indebita sovrapposizione dei profili ricostruttivi eziologici ed ontologici e, di fatto, aderisce all'impostazione interpretativa della *chance* c.d. ontologica.

Chiaro lo stesso ragionamento seguito dai giudici nella sentenza, determinante l'approdo ad una netta posizione circa la configurabilità e risarcibilità della *chance* nell'ambito amministrativo; secondo taluna dottrina, tuttavia, a fronte di un coerente ragionamento il collegio sarebbe giunto, da ultimo, alla conclusione errata per cui il concetto di causalità non potrebbe costituire elemento definitorio del concetto di *chance*, sostituendo alla causalità

probabilistica il parametro di giudizio della “serietà” allo scopo di definire la nozione di *chance* in questione, peraltro recuperando da ultimo fattori eziologici, quali “accidentalità”, “possibilità di realizzazione del risultato” e “livello infimo delle probabilità perdute”^[xli].

In definitiva, in assenza di coordinate normative a proposito dell’istituto, si ritiene che l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato – così come avvenuto nel 2018, con esito tuttavia non determinante non essendosi in tale occasione i giudici pronunciati nel merito della questione^[xlii] – possa essere nuovamente chiamata a breve ad esprimersi sull’argomento, al fine di dettare un puntuale inquadramento dell’istituto della *chance*, oltre che dei presupposti richiesti al fine della sua risarcibilità.

Tenendo conto degli approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema, anche e soprattutto con riferimento all’ambito dei contratti pubblici, del resto, occorrerebbe delineare una soluzione interpretativa in grado di garantire una adeguata riparazione dei danni subiti, anche nell’ottica della tutela della concorrenza, scongiurando, nondimeno, il rischio di uno sproporzionato ampliamento dell’area dei pregiudizi risarcibili, anche considerando il carattere eccezionale del risarcimento per equivalente in rapporto alla tutela in forma specifica.

[i] Nella presente sede non appare possibile operare una compiuta disamina a proposito dei susseguenti e numerosi interventi normativi che si sono succeduti nella materia del trasporto pubblico locale. Basti dunque rammentare come sino alla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso non si sia registrata la presenza di un vero e proprio mercato dei servizi pubblici locali di trasporto, considerato che tale servizio veniva erogato perlopiù dall’amministrazione pubblica, direttamente, ovvero per mezzo di aziende municipalizzate. Tale assetto è mutato di seguito in prima battuta con il d.lgs. n. 422/1997, per ragioni finanziarie e per esigenze di sviluppo infrastrutturale. Nel quadro delle previsioni europee, inoltre, ed in particolare alla luce degli stessi principi generali di cui all’art. 14 del TFUE ed il protocollo n. 26 in materia di servizi di interesse generale, si è optato per un modello concorrenziale “regolato” di trasporto pubblico locale, con la possibile attribuzione di diritti esclusivi e la conseguente ammissibilità di compensazioni finanziarie, al fine di garantire sicurezza, qualità e ampia accessibilità del servizio. Di fatto, in ottica organizzativa, si è passati da un sistema essenzialmente fondato su gestioni pubbliche ad uno fondato sull’affidamento in esito a procedure competitive. Così come rilevato nella stessa pronuncia in commento, cioè, si tratta di un modello prescelto e delineato dal legislatore europeo che contempera l’efficienza economico-gestionale, da un lato e l’universalità del medesimo servizio, dall’altro. In ambito europeo, sul piano della disciplina, i servizi nel settore di cui trattasi rimangono disciplinati dal Reg. UE n. 1370/2007, come da ultimo modificato ad opera del Reg. n. 2338/2016. In linea generale, ai sensi del predetto regolamento, le autorità sono chiamate ad assegnare contratti di servizio pubblico sulla base di procedure di aggiudicazione degli appalti in grado di garantire in senso effettivo la concorrenza tra operatori; sono altresì previste talune tassative ipotesi in relazione alle quali può omettersi il ricorso alla gara pubblica, così come nel caso dell’assunzione di provvedimenti di emergenza o nel caso di contratti volti a scongiurare il rischio di interruzione del servizio. Il legislatore nazionale ha recepito le previsioni predette, mediante l’art. 61 della legge n. 99/2009.

[ii] Nel dettaglio, la legge della Provincia di Bolzano n. 15/2015 ha recepito la disciplina di cui al Reg. europeo n. 1370/2007, adottando di fatto un sistema “misto”, il quale prevede per una minima parte, corrispondente ad un lotto, l’affidamento diretto in favore di una società direttamente controllata dalla Provincia, mentre per 10 lotti omogenei l’affidamento mediante gara pubblica. Nella predetta legge della provincia autonoma si trova scritto espressamente come i servizi di trasporto pubblico di linea siano affidati “secondo le procedure previste dall’Unione europea”.

[iii] Così si esprime il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento.

[iv] Si v., in particolare, tra le sentenze più recenti sul punto, Cass. civ., sez. lavoro, ord., 14 gennaio 2021, n. 559 e Cass. civ., sez. III, 7 ottobre 2021, n. 27287, entrambe in *dejure.it*.

[v] Cfr., *ex multis*, F.D. Busnelli, *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 761 ss.; R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007; M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 623 ss.

[vi] Cfr. in tal senso Cass. civ., 27 gennaio 1964, n. 186, in *Foro it.*, 1964, I, 1200.

[vii] V., tra le altre, Cass. civ., sez. lav., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.* 1986, I, 383, concernente il caso di un ente pubblico che aveva impedito al lavoratore, che aveva superato la prova scritta di un concorso, di presentarsi a quella orale, privandolo così della possibilità di ottenere un posto più remunerativo. Cfr., altresì, sulla risarcibilità della perdita di *chance*, intesa quale fattispecie produttiva di un danno attuale e risarcibile sempre che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni, Cass. civ., sez. lavoro, 24 gennaio 1992, n. 781, così come le antecedenti Cass. civ., 1° aprile 1987, n. 3139, in *Foro it.* 1987, I, 2073 e Cass. civ. 17 aprile 1990, n. 3183, in *Riv. giur. lav.*, 1990, II, 255.

[viii] Cfr. in merito alla suddetta tesi, tra le altre, Cass. civ., sez. I, 13 aprile 2017, n. 9571 e Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2017, n. 6488, entrambe in *Diritto & Giustizia*, 2017; in dottrina F. Mastropaolo, voce *Danno*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 12 ss.

[ix] Su cui si v., tra le altre numerose pronunce, Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in *Giust. civ.*, 2005, 9, I, 2115, con nota di Giacobbe, in tema di responsabilità medica; più di recente, Cass. civ., sez. III, 27 marzo 2014, n. 7195, in *Foro it.* 2014, 7-8, I, 2137, con nota di Palmieri e Pardolesi; Cass. civ., sez. III, ord. 15 febbraio 2018, n. 3691 in *dejure.it*; Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, in *Foro it.* 2018, 5, I, 1579 con nota di Pardolesi e Tassone.

[x] Cfr. Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 1, I, 187.

[xi] La *chance* patrimoniale divergerebbe, dunque, da quella non patrimoniale anche sul piano degli effetti (i.e., sull'aspetto risarcitorio), posto che il giudice di merito, in sede di accertamento del valore di una *chance* patrimoniale potrebbe far riferimento a valori oggettivi, così come il giudice amministrativo – come rilevato dai giudici nella sentenza – in alcune sue passate decisioni, ha adottato il parametro del 10% del valore dell'appalto all'atto del riconoscimento di una perdita di *chance* di vittoria da parte dell'impresa illegittimamente esclusa. Mentre diverso sarà il criterio di liquidazione da adottare per la perdita di una *chance* a carattere non patrimoniale, ove il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo. Così, Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, cit.

[xii] Andrebbe così a scomparire, secondo quanto sostenuto dalla Cassazione nella sentenza in questione, la stessa distinzione spesso foriera di confusione, sul piano concettuale e applicativo, tra *chance* cd. "ontologica" e *chance* "eziologica", posto che quest'ultima sovrapporrebbe inammissibilmente la dimensione della causalità con quella dell'evento di danno, mentre la prima evocerebbe una imprevedibile fattispecie di danno *in re ipsa* che prescinde del tutto dall'esistenza e dalla prova di un danno-conseguenza risarcibile.

[xiii] La dottrina sul tema è sterminata; si v., tra gli altri: F. Cortese, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 2, 174; M. Tesaro, *Il danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 6, 528; M. Franzoni, *La chance nella casistica recente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 446. M. Feola, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004; A. Mondini, *Considerazioni sulla chance di aggiudicazione di un contratto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2004, 12, 1429; G. Mari, *Responsabilità per perdita di chance e domanda di risarcimento in forma specifica implicita nella domanda di annullamento dell'affidamento a trattativa privata di un servizio*, in *Giust. civ.*, 2002, 5, 141.

Tra le prime pronunce in ambito amministrativo sul tema si v. Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2000 n. 6960.

[xiv] Cfr., in tal senso, tra le pronunce più recenti, Cons. St., sez. V., 15 novembre 2019, n. 7845, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tale pronuncia, peraltro, si è posto in evidenza come la tecnica risarcitoria della perdita della *chance* richieda un preciso passaggio, ovvero sia il risarcimento per equivalente possa essere garantito solo laddove la stessa abbia effettivamente raggiunto un' apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato. Nell'ipotesi di mera 'possibilità' si registrerebbe soltanto un ipotetico danno, in quanto tale non meritevole di reintegrazione, poiché in concreto non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto. Così, si v., anche in tema di pubblici concorsi, Cons. St., sez. III, 27 novembre 2017, n. 5559, in *www.giustizia-amministrativa.it* e Cass. civ., sez. lav., 25 agosto 2017, n. 20408, in *Diritto & Giustizia*, 2017; mentre in tema di contratti pubblici, Cons. St., sez. V, 7 giugno 2017, n. 2740; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115; Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1099 e Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7593, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[xv] In tal senso L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Dir. economia*, 2019, 1, 372.

[xvi] Si fa riferimento alla nota pronuncia Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, tra le altre in *Giust. civ.* 1999, I,2261 con nota di Morelli; in *Resp. civ. e prev.* 1999, 981; in *Corriere giur.*, 1999, 1367, con nota di Di Majo e Mariconda; in *Danno e resp.*, 1999, 965; in *Giorn. dir. amm.* 1999, 832 con nota di Torchia e in *Urb. e app.* 1999, 1067, con nota di Protto.

[xvii] Nella pronuncia delle sezioni unite del 1999, in particolare, i giudici ripercorrono i passaggi salienti dell'evoluzione giurisprudenziale della stessa Suprema Corte di Cassazione nel senso della "progressiva erosione dell'assolutezza del principio che vuole risarcibile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., soltanto la lesione del diritto soggettivo, per mezzo di un costante ampliamento dell'area della risarcibilità del danno aquiliano, quantomeno nei rapporti tra privati": in tal senso, si evidenzia come un primo significativo passo in tale direzione sia rappresentato dal riconoscimento della risarcibilità non soltanto dei diritti assoluti, ma anche dei diritti relativi, cui è seguito "il riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo: è il caso del c.d. diritto all'integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, che ha avuto frequenti applicazioni ed in relazione al quale è stata affermata, tra l'altro, la risarcibilità del danno da perdita di chance, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni (sent. n. 6506-85; n. 6657-91; n. 781-92; n. 4725-93)".

[xviii] Sull'istituto v., *ex multis*, C. Bozzi, *Interesse e diritto*, in *Noviss. dig. it.*, a cura di A. Azara, E. Eula, VIII, Torino, 1962; E. Cannada Bartoli, voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972; A. Romano Tassone, voce *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, II, Milano, 1998, 966 ss.; F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, n. 1, 21 ss.

Peraltro, sullo specifico istituto della *chance* nel diritto amministrativo e in rapporto all'interesse legittimo, si è osservato come "il pregiudizio sofferto, in caso di illecito della P.A., non è affatto parametrato al bene della vita *ex sé* inattuabile, bensì alla possibilità di conseguirlo qualora l'azione amministrativa autoritativa fosse stata legittimamente esercitata. In altri termini: il danno da perdita di chance, di scaturigine civile, si candida "per sua natura" a governare il risarcimento per lesione dell'interesse legittimo", così O. M. Caputo, *La perdita di "chance" ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*, Nota a TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 12 marzo 2015, n. 4063, in *Urb. e app.*, 2015, 6, 708 ss. Sul punto v., altresì, R. Garofoli, *La tutela risarcitoria*, in Sandulli - De Nictolis - Garofoli (dir.), *Trattato sui contratti pubblici*, VI, Il contenzioso, Milano, 2008, 4090.

[xix] Cfr. Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686, in *Foro amm.* CDS, 2002, 453. Sul tema si v., altresì, Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, in *Foro amm.* CDS, 2006, 9, 2585

[xx] Il Consiglio di Stato in tale pronuncia pone in evidenza come "la perdita di *chance* costituisce un danno derivante ora da responsabilità contrattuale ora da responsabilità extracontrattuale, si identifica con la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile non con la perdita di quel risultato, ma richiede che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato".

[xxi] V. tra i numerosi e più recenti contributi sulla tematica: O. M. Caputo, *La perdita di "chance" ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*, cit., 708-711; S. Ingegnatti, *Risarcibilità del danno da perdita di "chance" nel diritto amministrativo*, in *Giur.it.*, 2015, 11, 2508-2514; M. Cortese, *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e resp.*, 2017, 2, 142 ss.; M. Messina, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, in *Id.*, 2018, 3, 336 ss.; L. Tarantino, *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. app.*, 2018, 4, 575 ss.; V. Neri, *La "chance" nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. app.*, 2018, 3, 293 ss.; I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di "chance" nelle gare per affidamenti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 5, 1173 ss.; C. Paolini, *Mancata indicazione degli obiettivi dirigenziali, valutazione negativa illegittima e danno da perdita di "chance"*, Nota a Cass. civ. sez. lav. 12 aprile 2017 n. 9392; in *Il lavoro nelle p.a.*, 2018, 1, 143-151; P. Patrito, *La perdita di "chance" nel diritto dei contratti pubblici*, Nota a ord. Cons. Stato ad. plen. 11 maggio 2018, n. 7; Cons. Stato sez. V 11 gennaio 2018, n. 118, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1620-1635; E.G. Napoli, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Id.*, 2018, 1, 52 ss.; L. La Battaglia, *Il danno da perdita di "chance"*, in *Danno e resp.*, 2019, 3, 349-366; S. Gatti, *Riflessioni sulla (risarcibilità e sulla) quantificazione del danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, 2113-2134; C. Scognamiglio, *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della "chance"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 6, 1742-1759; L. Viola, *Il danno da perdita di 'chances' a vent'anni da Cass. n. 500/1999*, in *Urb. e app.*, 2020, 2, 182-200; B. Tassone, *La chances nel diritto amministrativistico (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *federalismi.it*, n. 29/2020, 199-234.

[xxii] Cfr. sul punto L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici*, cit., 372.

[xxiii] Cons. St., ad. plen., 11 maggio 2018, n. 7, in *Foro it.*, 2018, 12, III, 638 e in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1617, con nota di Patrito.

[xxiv] Rilevata la situazione di incertezza, l'Adunanza plenaria ha evidenziato nella pronuncia come entrando nel merito della questione, da una parte, avrebbe potuto inammissibilmente interferire con profili già esaminati dalla sezione rimettente con la sentenza non definitiva; dall'altra, sarebbe stata in qualche modo condizionata dalle chiavi ricostruttive utilizzate dalla

Sezione e dalle scelte già operate con la sentenza, con la conseguenza per cui si è esclusa la possibilità di un esame approfondito dei quesiti prospettati non condizionato da tali scelte, così come la possibilità dell'affermazione di un principio di diritto conseguente ad un esame pieno delle fattispecie.

[[xxv](#)] Così Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3575, la quale richiama le antecedenti Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131 e 23 giugno 2015, n. 3147, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](#). Sulla necessità di fornire una prova circa la concreta probabilità si v. altresì Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762, in *Foro it.* 2016, 9, III, 468, con nota di Condorelli; sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431, in *dejure.it*; sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, in *Foro it.* 2015, 2, III, 106, con nota di Galli; sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 674, in *Guida al diritto*, 2014, 19, 110 (s.m). Di recente, a conferma di tale orientamento che intende la *chance* quale “perdita attuale di un esito favorevole”, Cons. St., sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907, in *Diritto e Giustizia*, 2018.

[[xxvi](#)] Così L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici*, cit., 396.

[[xxvii](#)] *Ibidem*, 383. Sui presupposti per la risarcibilità della perdita di *chance* in concreto si v. altresì F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3, 873 ss. e G. Vercillo, *La tutela della chance. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.

[[xxviii](#)] *Ibidem*, 386.

[[xxix](#)] Cfr., sul tema, Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, C 998/2017.

[[xxx](#)] In questo senso, tra le altre, Cons. St., sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1646, la quale conferma l'orientamento per cui il riconoscimento del danno da perdita di *chance* presuppone “una rilevante probabilità del risultato utile” frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione, non identificabile nella perdita della semplice possibilità di conseguire il risultato sperato, bensì nella perdita attuale di un esito favorevole, anche solo probabile, se non addirittura la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al 50% o quella che l'interessato si sarebbe effettivamente aggiudicato il bene della vita cui aspirava. Così ha previsto che “se, nel corso della procedura, condotte illegittime dell'amministrazione contrastano la normale affermazione della chance di aggiudicazione, viene leso l'interesse legittimo dell'operatore economico e — se è precluso anche il bene della vita cui l'interesse è orientato — è a lui dovuto il risarcimento del danno nella misura stimabile della sua chance perduta”. V. anche sul tema Cons. St., sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527, in *Foro amm.*, 2018, 4, 638.

[[xxxi](#)] Su cui si v. Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1614, cui è seguita, sempre in relazione alla stessa vicenda, Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2018, n. 7117, in [www.giustizia-amministrativa.it](#).

[[xxxii](#)] Sull'argomento si v. M. C. D'Arienzo, *Il risarcimento del danno ingiusto negli appalti pubblici: proroga dell'affidamento illegittimo e perdita di chance*, in *Riv. giur. edilizia*, 6, 2013, 333. Cfr. altresì F. Francario, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, in *Dir. amm.*, 1, 2002, per un riferimento ai primi casi in cui la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la risarcibilità della perdita di *chance* nelle ipotesi di annullamento degli atti della procedura d'evidenza pubblica.

[[xxxiii](#)] Rispetto a tale orientamento della giurisprudenza amministrativa si v., tra le più recenti, Cons. St., sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907, cit.; sez. IV, 23 settembre 2019, n. 6319; sez. II, 24 settembre 2020, n. 5604; sez. III, 27 ottobre 2020, n. 6546, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](#), ove si è posto in evidenza come in mancanza della prova circa la probabilità di successo, almeno pari al 50% di quella che il ricorrente avrebbe avuto se non fosse stato emesso il provvedimento lesivo, non si possa fare ricorso alla valutazione equitativa *ex art.* 1226 c.c.

Hanno adottato tale posizione interpretativa anche taluni Tribunali amministrativi regionali: così T.A.R. Milano, Lombardia, sez. II, 13 novembre 2020, n.2171, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); T.A.R. Latina, Lazio, sez. I, 30 aprile 2021, n. 264, in *Foro amm.*, 2021, 4, 684; T.A.R. Napoli, Campania, sez. II, 3 maggio 2021, n. 2902 in [www.giustizia-amministrativa.it](#), laddove si è rilevato come la perdita di *chance* rappresenti un danno attuale, non corrispondente alla perdita di un risultato utile, ma della possibilità di conseguirlo, la quale ai fini della risarcibilità del pregiudizio, deve essere statisticamente rilevante, ossia almeno pari, e non inferiore, al cinquanta per cento.

[[xxxiv](#)] V. in tal senso Cass. civ., sez. VI, ord. 23 ottobre 2019, n. 27011, in *Foro it.* 2020, 1, I, 261; Cass. civ. ord., 14 gennaio 2021, n. 559, in *dejure.it*; Cons. St., sez. III, 10 marzo 2021, n. 2021, in *dejure.it*; Cons. St., sez. VI, 28 aprile 2021, n. 3429, in *Guida al diritto*, 2021, 20.

[[xxxv](#)] Così Cons. St., ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Foro it.*, 2021, 7-08, III, 394 e in *Resp. civ. e prev.* 2021, 4, 1246. Nel caso di specie la questione riguardava il danno derivante dall'impossibilità di fruire degli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, attribuibile al mancato rispetto dei termini del relativo procedimento

autorizzativo; tale danno si è ritenuto nella pronuncia liquidabile secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di *chance*, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, non potendo corrispondere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione pubblica.

Tale pronuncia si colloca, peraltro, nel solco dell'orientamento giurisprudenziale favorevole al risarcimento del danno da perdita di *chance* in presenza degli evidenziati presupposti (così, *ex multis*, Cons. St., sez. II, 20 maggio 2019, n. 3217; Cons. St., sez. IV, 18 luglio 2017, n. 3520, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it).

[xxxvi] V., in tal senso, tra le altre, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 15 ottobre 2020, n. 914, in *Diritto & Giustizia*, 2020.

[xxxvii] Cfr., in merito, la recente pronuncia Cons. St., sez. II, 12 marzo 2020, n. 1780, in *Foro amm.*, 2020, 3, 402.

[xxxviii] Secondo i giudici, infatti, “richiedere (come ha fatto il giudice di primo grado) che la possibilità di conseguire il risultato debba raggiungere una determinata soglia di probabilità prima di assumere rilevanza giuridica, significa ricondurre nuovamente il problema delle aspettative irrimediabilmente deluse (con un percorso inverso a quello che ha portato a configurare la 'chance' come bene autonomo, in ragione dell'impossibilità di dimostrare l'efficienza causale della condotta antiggiuridica nella produzione del risultato finale) dal 'danno' alla 'causalità'. In questo modo la 'chance' finisce per essere utilizzata quale frazione probabilistica di un risultato finale di cui (poteva essere fornita, ma) è mancata la prova. Ma si tratta di un esito del tutto contraddittorio, in quanto, se la verifica dell'evento finale può essere empiricamente riscontrata, allora non ricorrono neppure i presupposti per l'operatività della 'chance'”.

[xxxix] Cfr., tra i precedenti in tal senso nella giurisprudenza amministrativa, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 14 aprile 2010, n. 165, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, 109; Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 10, 2080, con nota di Bosetto; Id., V, 2 novembre 2011, n. 5837, in *Diritto e Giustizia*, 2011; Id., Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672; Id., Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3450, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

[xl] V. Cons. St., sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907; sez. IV, 23 settembre 2019, n. 6319; sez. II, 24 settembre 2020, n. 5604; sez. III, 27 ottobre 2020, n. 6546, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr., in dottrina, L. La Battaglia, *Il danno da perdita di "chance"*, cit.

[xli] V., in particolare, A. Vacca, commento a Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268, in www.lexitalia.it

[xlii] Su cui si v., L. Giagnoni, *Il risarcimento del danno da perdita di 'chance' in caso di selezione competitiva non svolta approda senza successo, all'Adunanza Plenaria*, nota a Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118, in *Urb. e app.*, 2018, 3, 360-372; P. Patrio, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, commento a Cons. St., 11 gennaio 2018, n. 118 e Cons. St., Ad. plen., 11 maggio 2018, n. 7 (Ord), in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1620-1635.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1679 – 20 aprile 2021

Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti

di Ilaria Genuessi

Sommario: 1. Cenni introduttivi: il dettato normativo. 2. La giurisprudenza degli anni Settanta/Ottanta del secolo scorso sull'appellabilità delle ordinanze cautelari. 3. L'orientamento del Consiglio di Stato favorevole all'appellabilità del decreto cautelare monocratico. 4. I risvolti pratici della pandemia da Covid-19 sulla tutela cautelare nel processo amministrativo. 5. Esigenze contingenti e art. 84 d.l. n. 18/2020. 6. Emergenza sanitaria e recenti pronunce a favore dell'appellabilità del decreto monocratico. 7. Una visione diametralmente opposta: l'orientamento contrario all'appellabilità. 8. Brevi considerazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi: il dettato normativo

La legge n. 205/2000, come noto, ha dettato molteplici innovazioni in materia di giustizia amministrativa, perlopiù con riferimento all'ambito della tutela cautelare, in relazione alla quale ha altresì introdotto la possibilità per il ricorrente di rivolgersi direttamente al presidente del tribunale al fine di ottenere una misura cautelare provvisoria in casi di "estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio"^[1].

Lo strumento in questione, da ritenersi eccezionale, è stato ritenuto impiegabile, con tutta evidenza, in relazione alle situazioni nella quali l'attesa della decisione della questione in sede di camera di consiglio avrebbe potuto vanificare la speranza di tutela del ricorrente.

La norma ha previsto che il presidente del tribunale provvedesse mediante decreto motivato, decisione a carattere monocratico, emanata in assenza di una discussione delle parti avanti al presidente, ossia "anche" in assenza di contraddittorio ed a validità temporale limitata, ovvero sia efficace sino alla pronuncia dell'organo collegiale, chiamato a confermare od annullare il predetto provvedimento presidenziale[2].

Il collegio, in altri termini, è stato ritenuto sede naturale di qualsivoglia forma di opposizione[3].

Ebbene, l'introduzione del rimedio del decreto presidenziale cautelare ad opera della legge n. 205/2000 è stata sin da subito accompagnata dalla convinzione circa l'inammissibilità dell'appello avverso il provvedimento stesso, in ragione del carattere provvisorio del medesimo, in quanto tale destinato ad essere inglobato di seguito dalla decisione collegiale[4].

Il prevalente orientamento dottrinale in questo senso è stato altresì confermato dalle stesse successive specifiche previsioni legislative, tra le quali, a titolo esemplificativo, l'art. 245 del previgente codice dei contratti pubblici, d.lgs. 163/2006, che espressamente negava l'impugnabilità dei provvedimenti presidenziali cautelari *ante causam*[5].

Ad oggi, l'art. 56, comma 1 del codice del processo amministrativo dispone che "in caso di estrema gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio", il ricorrente possa, mediante la domanda cautelare, ovvero con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del T.A.R. od anche della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie.

È il comma successivo che precisa poi a chiare lettere come il Presidente provveda con "decreto motivato non impugnabile"; tale decreto, ai sensi dell'art. 56, comma 4 c.p.a., in caso di accoglimento, vede perdurare la propria efficacia sino alla predetta camera di consiglio, nell'ambito della quale l'istanza cautelare formulata è trattata nelle forme ordinarie. Alla luce del medesimo comma, il decreto perde efficacia se il collegio non provvede sulla domanda cautelare nella menzionata camera di consiglio; inoltre, fintantoché efficace, il provvedimento cautelare è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte.

In prima battuta appare pertanto evidente, alla luce del dettato normativo vigente, il carattere precario oltre che provvisorio della tutela cautelare monocratica di cui trattasi, misura in quanto tale legata in senso strumentale alla tutela cautelare collegiale[6].

Trattando della misura cautelare in esame, peraltro, si riscontra un'analogia con le misure cautelari *ante causam*, di cui all'art. 61 c.p.a., proponibili in casi di "eccezionale gravità e urgenza" e del pari delineate sul piano normativo quali provvedimenti non impugnabili (cfr. art. 61, commi 4-5 c.p.a.).

Sempre sull'appellabilità delle misure cautelari si pronuncia poi il successivo art. 62 c.p.a. laddove, volendo attenersi strettamente al dettato normativo, si rende esplicito che l'appello al Consiglio di Stato è unicamente ammesso nei confronti delle ordinanze cautelari.

Lo stesso dettato legislativo di cui all'art. 56, comma 2 c.p.a. appare inoltre inequivocabile, posta la chiara affermazione circa l'impossibilità di impugnare il provvedimento cautelare motivato con cui si esprime il presidente; appellabilità peraltro esclusa anche, implicitamente, dal successivo art. 62, comma 1 c.p.a., laddove, trattando degli atti impugnabili innanzi al Consiglio di Stato mediante ricorso in appello, non si fa menzione dei decreti.

Ebbene, a fronte della chiara disciplina vigente, di cui alle suddette previsioni del Codice del processo amministrativo, occorre registrare come, da qualche a tempo a questa parte, alla luce di un aumento esponenziale delle pronunce sulla questione in corrispondenza dell'esplosione della pandemia da Covid-19 – come si dirà oltre – si è affermato un filone giurisprudenziale nel senso dell'ammissibilità dell'appello nei confronti del decreto cautelare (cfr., in particolare, il successivo § 6).

2. La giurisprudenza degli anni Settanta/Ottanta del secolo scorso sull'appellabilità delle ordinanze cautelari

L'orientamento predetto collocatosi in senso favorevole rispetto all'appellabilità dei decreti cautelari monocratici si ritiene tragga la propria origine dal risalente filone giurisprudenziale creatosi negli anni Settanta del secolo scorso, intervenuto a modificare la precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato e volto ad affermare l'ammissibilità dell'appello avverso le ordinanze dei T.A.R. sulla sospensione del provvedimento impugnato[7].

Tale aspetto, infatti, è divenuto negli anni oggetto di dibattito nell'ambito della giurisprudenza del Consiglio di Stato, perlopiù con l'entrata in vigore della legge n. 1034/1971, la quale nulla prevedeva a proposito del regime dei gravami ammissibili avverso le pronunce cautelari emanate con ordinanza; la questione è pertanto stata deferita all'Adunanza plenaria[8].

Nelle more della pubblicazione delle statuizioni della plenaria, tuttavia, interveniva la legge 3 gennaio 1978, n. 1, in tema di accelerazione delle procedure per l'esecuzione delle opere pubbliche, la quale all'art. 5, ultimo comma, pronunciandosi mediante un intervento episodico in tema di giustizia amministrativa, dichiarava espressamente inappellabili le ordinanze del giudice amministrativo di primo grado pronunciate sulla sospensiva[9].

L'Adunanza plenaria, dunque, si è pronunciata sulla questione prima dell'entrata in vigore di tale legge e la decisione pubblicata ha chiaramente affermato, in contrasto con la subentrata legge, l'ammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato avverso l'ordinanza del T.A.R. che avesse disposto sulla sospensione del provvedimento impugnato[10].

Ebbene, nell'ambito di tale pronuncia dell'Adunanza plenaria si rivengono diverse argomentazioni allora impiegate al fine di sostenere l'ammissibilità dell'impugnazione delle ordinanze e, ad oggi, riprese al fine di sostenere l'appellabilità dei decreti cautelari[11].

Nella pronuncia del 1978, nel dettaglio, si rilevava come la situazione normativa, non sembrasse sufficiente ad escludere la proponibilità dell'appello contro le ordinanze in materia di sospensione, considerato che, tanto la legge n. 1034/1971 quanto il sistema della giustizia amministrativa in cui era inserita non stabilivano una tipologia degli atti processuali del

giudice, dalla quale fosse possibile desumere la precisa individuazione dei mezzi giuridici per la rimozione e la sostituzione degli atti stessi; le stesse disposizioni normative, a giudizio della Adunanza plenaria, non sancivano neppure, in alcun modo, il principio della tassatività delle impugnazioni.

Ne conseguiva l'affermazione per cui il regime di impugnabilità degli atti giurisdizionale pareva dovesse essere ricavato non dal modello formale e, dunque, dalla natura dell'atto, bensì dal suo effettivo contenuto: si riteneva cioè che la questione dell'appellabilità delle ordinanze dei T.A.R. sulle domande di sospensione dipendesse in definitiva dalla sussistenza o meno in tali pronunce del contenuto di vera e propria decisione di una controversia così come riscontrato in una sentenza.

In altri termini, a giudizio del collegio, il provvedimento che in forma di ordinanza definiva una domanda di sospensione aveva, certamente, natura decisoria poiché risolveva, in contraddittorio tra le parti, una specifica controversia, ossia un conflitto di pretese, dettando il regolamento giuridico di esso e attribuendo ad uno dei soggetti in contesa un concreto vantaggio garantito dalla legge, cosicché l'idoneità di tale pronuncia a pregiudicare in un senso o nell'altro gli interessi fatti valere nel processo conservativo avrebbe impedito d'includere la pronuncia stessa nel novero dei provvedimenti sforniti di efficacia decisoria. In quanto tale la pronuncia, produttiva di fatto di effetti equiparabili agli effetti della sentenza, veniva ritenuta suscettibile d'appello, ai sensi dell'art. 28, comma 2 l. n. 1034/1971.

Tale conclusione, peraltro, si riteneva corrispondente ad una interpretazione logico-sistematica degli art. 125, 2° comma, 3, 1° comma, 100, 1° comma, e 103, 1° comma, Cost.^[12]

La stessa Adunanza plenaria, di lì a poco, si è poi nuovamente pronunciata sull'aspetto in esame, confermando la tesi dell'applicabilità del doppio grado di giudizio "senza eccezioni" anche nell'ambito del processo cautelare^[13].

Tale statuizione si ritenga discenda altresì dalle statuizioni della sentenza della Corte costituzionale di poco antecedente, la quale si è pronunciata sulla illegittimità costituzionale dell'art. 5 l. n. 1/1978^[14]. La previsione della legge summenzionata – che aveva dettato previsioni in senso contrario rispetto alla pronuncia poc'anzi presa in esame (Con. St., Ad. plen. n. 1/1978) – infatti, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per contrasto con l'art. 125, comma 2 Cost., nella parte in cui escludeva l'appellabilità al Consiglio di Stato delle ordinanze dei tribunali amministrativi regionali pronunciate sulla domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo impugnato nei giudizi concernenti opere pubbliche e impianti industriali.

Nella pronuncia in questione, in particolare, il Giudice costituzionale ha esplicitato come il principio del doppio grado di giurisdizione, dunque, la possibilità di un riesame del provvedimento decisivo del giudice di primo grado da parte del Consiglio di Stato, trovasse applicazione anche nei riguardi del processo cautelare; non si è neppure ravvisata nell'ambito dell'art. 125 Cost. alcuna limitazione dalla quale potesse dedursi che esso si riferisse esclusivamente alle pronunce di merito.

Nella sentenza si poneva in luce, inoltre, come l'art. 28 l. n. 1034 del 1971, trattando dell'appello, menzionasse esplicitamente solo le sentenze dei T.A.R., tuttavia, da un lato esso

si porrebbe in contrasto con la citata norma costituzionale ove fosse da interpretare restrittivamente e d'altro canto, la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto tale disposizione come relativa a tutti i provvedimenti di carattere decisorio del giudice di primo grado, perciò anche all'ordinanza che pone termine al procedimento cautelare.

Appare evidente, pertanto, come le suddette pronunce abbiano assunto una rilevanza particolare in relazione all'evoluzione della tutela cautelare nel giudizio amministrativo, sancendone la rilevanza costituzionale e l'essenzialità ai fini della garanzia di una tutela adeguata degli interessi giuridicamente protetti, anche, ai fini della trattazione, in termini di doppio grado di giudizio^[15].

3. L'orientamento del Consiglio di Stato favorevole all'appellabilità del decreto cautelare monocratico

Sulla scia delle pronunce che nei decenni precedenti hanno affermato l'ammissibilità dell'appello avverso le ordinanze cautelari, si è assistito, di seguito, alla formazione di un orientamento giurisprudenziale favorevole all'appellabilità dei decreti cautelari monocratici.

Peraltro, occorre registrare come le pronunce rientranti nell'ambito di tale filone giurisprudenziale non siano estremamente numerose, sebbene gli argomenti impiegati a sostegno siano stati diversi.

In quest'ottica può essere letto, in particolare, il decreto presidenziale n. 4628/2009 della sez. V del Consiglio di Stato di accoglimento dell'istanza di misure cautelari provvisorie e di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato in primo grado fino all'esito dell'esame collegiale dell'istanza cautelare^[16].

Nell'ambito della suddetta pronuncia – emessa nella vigenza della legge n. 205/2000 – rammentato anzitutto come l'art. 3 della stessa legge non avesse formalmente previsto l'impugnazione in sede di appello avverso il decreto cautelare presidenziale di T.A.R. – nella fattispecie di diniego di misure cautelari provvisorie – si è esplicitato, in primo luogo, come l'inammissibilità dell'appello “si porrebbe in contrasto con i principi ispiratori dell'ordinamento che sono orientati a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, anche cautelare, delle posizioni soggettive fatte valere dagli interessati”.

In aggiunta, nel decreto in parola si è rilevata la presenza di motivi di estrema gravità ed urgenza, considerato che la camera di consiglio per l'esame collegiale dell'istanza cautelare risultava fissata in data successiva rispetto al periodo di efficacia del provvedimento impugnato in primo grado (nel caso di specie un decreto della Provincia autonoma di Bolzano concernente l'autorizzazione all'abbattimento delle marmotte ed avente una durata circoscritta nel tempo).

Ebbene, come acutamente osservato dalla dottrina a commento della pronuncia in esame, sebbene il rimedio del doppio grado di giudizio non fosse previsto sul piano normativo, tuttavia, non si può non registrare come il Consiglio di Stato sia frequentemente intervenuto in relazione al caso di specie ed altresì in precedenza, laddove necessario, pur in assenza di espresse disposizioni di legge^[17].

Lo stesso strumento cautelare è stato plasmato dalla giurisprudenza amministrativa, in svariate occasioni, al di là del dato normativo, così come avvenuto in precedenza con l'affermazione dell'ammissibilità dell'appello avverso l'ordinanza cautelare di primo grado, alla luce del *decisum* di cui all'Adunanza plenaria n. 1/1978 menzionata, di seguito avallato dalla Corte costituzionale mediante la sentenza n. 8/1982 e, pur a fronte del dettato legislativo contrario di cui alla l. n. 1/1978.

L'apporto della giurisprudenza del Consiglio di Stato in questo senso può essere letto quale intervento di costruzione del provvedimento cautelare in risposta alle esigenze della società, al fine di fornire una risposta favorevole mediante un intervento urgente, nel quadro generale del ruolo attribuito alla tutela giurisdizionale^[18].

Ed è secondo tale chiave di lettura che potrebbe essere interpretato, del pari, l'orientamento di talune sezioni del Consiglio di Stato, affermatosi negli ultimi mesi in corrispondenza della emergenza sanitaria, volto ad affermare l'ammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico, laddove sia configurabile una perdita definitiva ed irreversibile di un bene della vita corrispondente ad un diritto costituzionalmente tutelato del soggetto interessato.

Tale opzione interpretativa risulterebbe suffragata dall'argomentazione facente capo agli artt. 24 e 111 Cost. e, dunque, in senso generale, al principio costituzionale della tutela giurisdizionale.

In tal senso – stando alle pronunce in questione ed a quanto sostenuto dalla dottrina favorevole all'appellabilità delle decisioni cautelari di primo grado – sostanziandosi tale tutela in un diritto fondamentale dell'individuo, dovrebbe essere riconosciuta in maniera incondizionata, anche al di là del dato normativo testuale, sposando in taluni casi un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, oltre che delle previsioni ostative del legislatore, da ritenersi, in quanto tali, costituzionalmente illegittime.

Nell'ambito di tale cornice, di conseguenza, occorrerebbe impiegare qualsiasi rimedio astrattamente esperibile, anche nell'ambito cautelare, riconoscendo in sostanza l'atipicità della tutela cautelare nel processo civile, bensì anche in quello amministrativo^[19].

Taluna dottrina si è pertanto pronunciata in senso favorevole rispetto all'appellabilità del provvedimento presidenziale, ritenendo corretta la stessa soluzione interpretativa adottata dal Consiglio di Stato nel decreto n. 4628/2009 ed evidenziando come non vi siano ragioni per escludere l'appello avverso il provvedimento in questione, così come riconosciuto in relazione alle ordinanze cautelari collegiali.

In dettaglio, nel caso dei decreti presidenziali potrebbe porsi unicamente un problema di ordine pratico legato all'esigenza di evitare una sovrapposizione tra provvedimento cautelare in appello e decisione collegiale in primo grado; tuttavia, i presupposti per la decisione in sede cautelare presidenziale sarebbero differenti da quelli ai fini della in sede cautelare collegiale, posto che il provvedimento presidenziale troverebbe la propria logica unicamente nella necessità di evitare danni irreparabili nelle more dell'esame della questione nella sede collegiale, con tutte le necessarie implicazioni in termini di rispetto del contraddittorio^[20].

Altra pronuncia di rilievo sull'aspetto specifico in esame appare il decreto presidenziale della sezione III del Consiglio di Stato, 11 dicembre 2014, n. 5650, nell'ambito della quale si è esplicitato come, pur nel silenzio del Codice del processo amministrativo sullo specifico strumento impugnatorio, vada ad ogni modo considerato appellabile un decreto monocratico del T.A.R.

In dettaglio, il giudice avrebbe esplicitato in tale provvedimento, in ordine all'ammissibilità del dell'impugnabilità del decreto monocratico, come manchi di fatto una clausola preclusiva nei riguardi di tale gravame nel dettato dell'art. 56 c.p.a., con la conseguenza per cui quest'ultimo andrebbe interpretato "secondo ragionevolezza", nel senso, cioè, che prevarrebbe la funzione cautelare anticipatoria laddove l'esigenza cautelare rappresentata sarebbe "per la natura degli interessi coinvolti o per la specificità della statuizione della P.A., di natura tale da dover esser protetta senza neppure attenderne la trattazione collegiale in camera di consiglio, anche in sede d'appello"^[21].

Ancora, un'ulteriore argomentazione a sostegno dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico di primo grado è stata esposta nel recente decreto n. 5971/2018 reso dal Presidente della IV sezione del Consiglio di Stato, nell'ambito del quale, predicata l'appellabilità del decreto cautelare di primo grado, si è ritenuta la tutela monocratica del Consiglio di Stato quale unico strumento impiegabile al fine di garantire una effettiva tutela alla situazione di urgenza posta dal ricorrente^[22].

In tale pronuncia, il Presidente, ha anzitutto richiamato i principi sulla indefettibilità della tutela cautelare nel corso di qualsiasi fase e grado del processo, rilevanti ai fini del processo amministrativo e ritenuti desumibili dall'art. 24 Cost., così come dagli art. 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo^[23].

Inoltre, ha richiamato le pronunce già emesse sul punto, a conferma di tale interpretazione e così il menzionato decreto del Consiglio di Stato 11 dicembre 2014, n. 5650, oltre che le precisazioni e le statuizioni dell'Adunanza plenaria sull'ambito di applicazione dell'art. 125 Cost. rispetto alle fasi del giudizio cautelare nel processo amministrativo (cfr. Cons. St., Ad. plen., ord. n. 1 del 1978), definite nel provvedimento "ancora attuali".

Di conseguenza, nel caso in questione, il giudice ha ritenuto ammissibile l'appellabilità del decreto monocratico del presidente del T.A.R. esclusivamente in presenza di eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile la situazione di fatto in conseguenza del tempo intercorrente tra la data di emanazione del decreto appellato e la data fissata per la camera di consiglio volta all'esame della domanda cautelare, ad opera del T.A.R. in sede collegiale; a tale statuizione si è aggiunta la precisazione per cui "il presidente della sezione del Consiglio di Stato, se ritiene di accogliere l'appello e di riformare il decreto impugnato, emette una misura che ha unicamente la finalità di evitare che una situazione di fatto diventi irreversibile e che comunque perde effetti quando il Tar esamina la domanda cautelare nell'ordinaria sede collegiale: il Tar, ove ritenga di non condividere il decreto reso in sede d'appello (pur se «confermato» dall'ordinanza del Consiglio di Stato in sede collegiale nella relativa peculiare fase incidentale), decide la domanda cautelare posta al suo esame, con la pienezza dei propri poteri".

A giudizio del presidente, ad ogni modo, "il decreto cautelare monocratico del presidente della sezione del Consiglio di Stato va comunque sottoposto all'esame del collegio e, nel caso

di accoglimento dell'appello rivolto contro il decreto del Tar, egli deve fissare senza indugio la camera di consiglio collegiale del Consiglio di Stato, affinché il collegio valuti (qualora il Tar non si sia già pronunciato in sede collegiale) se ribadire o meno le statuizioni del presidente, fermo restando in ogni caso il potere del Tar di decidere anche successivamente la fase cautelare, con le conseguenze sopra indicate”.

Tra le argomentazioni impiegate nell'ambito dell'orientamento in esame, certamente, rientra anche quella per cui l'appellabilità dovrebbe essere consentita laddove le censure proposte siano direttamente fondate sull'asserita violazione di principi di rango costituzionale[24].

Taluna dottrina, in commento a tale pronuncia, tuttavia, avrebbe rilevato come il profilo cruciale del decreto in questione non sia rappresentato dal “riconoscimento di un'ipotesi «eccezionale e limitata» rispetto a una regola generale di inammissibilità dell'appello”, ma “dalla affermazione di una eccezione, seppur circoscritta nella sua portata, in contrasto con il chiaro disposto della legge: la legge cioè detta una regola, quella della non impugnabilità del decreto cautelare, in termini generali e incondizionati, senza contemplare alcuna eccezione”[25].

4. I risvolti pratici della pandemia da Covid-19 sulla tutela cautelare nel processo amministrativo

Come accennato, con tutta evidenza, la tutela cautelare si pone quale strumento processuale di fondamentale importanza nell'ambito di contesti ed eventi emergenziali, caratterizzati da un'urgenza sul piano decisorio, poichè in grado di approntare una tutela rapida ed effettiva, ad ogni modo in senso strumentale e servente rispetto alla fase di analisi del merito della controversia[26].

L'emergenza pandemica, che ancora ci vede coinvolti, pare l'esempio lampante di quanto poc'anzi esposto ritenuto che, al fine di fronteggiare ed arginare la situazione di enorme difficoltà, le autorità nazionali sono state chiamate ad assumere provvedimenti a tutela dell'interesse pubblico e della salute dei cittadini, sovente fortemente limitativi dei diritti e delle libertà dei singoli[27].

In tale contesto, l'utilizzo in sequenza di provvedimenti ed atti peculiari, nell'ambito del sistema delle fonti di regolazione dell'emergenza, quali d.p.c.m. a livello statale ed ordinanze regionali, ha messo a dura prova la stessa effettività della tutela giurisdizionale valorizzando, tuttavia, la fase cautelare del processo[28].

Gli stessi decreti legge emanati con frequenza nei primi mesi del 2020, oltre che i numerosi e successivi d.p.c.m. adottati a livello centrale, hanno consegnato ai presidenti di regione ed agli amministratori locali una possibilità di azione ulteriore: ecco che, in svariati casi – come si avrà modo di esplicitare – avverso le predette misure regionali e locali è stata pertanto invocata la tutela cautelare del giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi circa la sospensione dell'atto in questione[29].

È innegabile, dunque, che nella gestione dell'emergenza sanitaria generatasi a partire dai primi mesi del 2020, con l'esplosione della pandemia da Covid-19, la tutela cautelare nell'ambito

del procedimento amministrativo abbia assunto un ruolo centrale e sostanzialmente irrinunciabile^[30].

In questo senso, in primo luogo – come si dirà a breve – lo stesso legislatore ha ritenuto di approntare una specifica disciplina volta a regolare la situazione emergenziale, dettando precise norme sulle istanze cautelari, con efficacia limitata al periodo 8 marzo-15 aprile 2020.

Come si è accennato, inoltre, a fronte della predicata centralità dello strumento della tutelare cautelare, in senso generale, ma perlopiù con specifico riferimento alla tutelare cautelare monocratica di primo grado, nel contesto globale di emergenza, si è assistito altresì all'emersione di una corrente giurisprudenziale nell'ambito del Consiglio di Stato, mostratasi favorevole rispetto alla questione dell'appellabilità del decreto cautelare in parola.

5. Esigenze contingenti e art. 84 d.l. n. 18/2020

Nel periodo di maggiore emergenza sul piano sanitario, in conseguenza della pandemia da Covid-19, il legislatore, mediante l'art. 84, 1° comma, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, nella l. 24 aprile 2020 n. 27, ha dettato una disciplina *ad hoc* rispetto al processo amministrativo disponendo che nel periodo compreso fra l'8 marzo e il 15 aprile 2020 sulle istanze cautelari provvedesse il presidente, con decreto, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., in attesa della trattazione collegiale da tenersi dopo il 15 aprile 2020^[31].

Nel dettaglio, il suddetto art. 84 d.l. 18/2020 – il quale ha abrogato l'art. 3 del d.l. 11/2020 – ha introdotto misure innovative a proposito del processo amministrativo, applicabili al limitato periodo temporale rammentato^[32].

Per quel che rileva nella presente sede, in particolare, la norma ha disposto la sostanziale tramutazione della domanda cautelare collegiale in domanda al presidente, con conseguente applicazione del rito previsto dall'art. 56, comma 1 c.p.a., ovvero in presenza dei seguenti presupposti: presentazione della istanza di fissazione d'udienza; sussistenza della competenza del T.A.R. adito; applicazione della disciplina delle notificazioni *ex* art. 56, comma 2 c.p.a. e fissazione della camera di consiglio collegiale. La disciplina ha altresì previsto la possibile previa audizione delle parti senza formalità, in forma orale da remoto, ovvero per iscritto, oltre che la possibile subordinazione a cauzione^[33].

Ebbene, ai fini della presente trattazione, occorre registrare come, pur a fronte della peculiare disciplina introdotta, neppure in tale occasione speciale e legata ad esigenze contingenti di tutela, sia stata prevista espressamente sul piano normativo l'impugnabilità del decreto cautelare presidenziale, restando invece espressamente confermata la revocabilità o modificabilità del medesimo su istanza di parte, alla luce della espressa statuizione «fermo restando quanto previsto dagli ultimi due periodi di detto art. 56, 4° comma».

Quantomeno a testimonianza della volontà del legislatore sul punto, pertanto, si ritiene degna di menzione la circostanza per cui la previsione circa l'appellabilità dei decreti monocratici di cui trattasi *ex* art. 84, dapprima inserita nello schema di decreto, è stata di seguito espunta dalla versione definitiva del medesimo provvedimento legislativo e non è stata prevista in sede di conversione del decreto legge^[34].

A conferma di tale aspetto si porrebbe altresì una pronuncia del giudice amministrativo di appello, emessa nel periodo di vigenza della suddetta norma speciale, nell'ambito della quale si è confermata l'inammissibilità dell'impugnazione del decreto presidenziale, posto che pur in presenza di un'emergenza sanitaria, in assenza di espresse previsioni derogatorie, non si è ritenuto possibile disattendere il dato normativo in materia processuale^[35].

In altri termini nel decreto in questione si è posto in luce come, a seguito dell'introduzione della normativa "speciale", il processo amministrativo in sede cautelare continui a pendere in primo grado, con la conseguenza per cui – al fine di evitare una sovrapposizione di giudizi – sia il giudice di primo quello ad ogni modo chiamato a confermare, revocare o modificare il decreto presidenziale.

In relazione al decreto monocratico "speciale" in oggetto si è osservato che "proprio per l'eccezionalità della tutela cautelare derogatoria speciale e per la sua finalità specifica (di essere cioè una misura diretta a garantire il funzionamento della giustizia amministrativa cautelare nella situazione di emergenza sanitaria) l'apprezzamento da parte del giudice monocratico dei presupposti legittimanti e la relativa motivazione sugli stessi deve essere tale che gli effetti del decreto monocratico non siano assolutamente "irreversibili" tali da compromettere o pregiudicare cioè l'esercizio del potere cautelare da parte del collegio nell'udienza camerale appositamente indicata per la trattazione"^[36].

6. Emergenza sanitaria e recenti pronunce a favore dell'appellabilità del decreto monocratico

Come esposto (cfr., in particolare, il § 3), nella giurisprudenza amministrativa si è progressivamente fatto strada un orientamento che, sulla base delle indicate argomentazioni facenti capo perlopiù a principi di rango costituzionale ed alla necessità di garantire l'effettività della tutela nell'ambito del processo amministrativo anche in relazione alla fase cautelare, ha ritenuto ammissibile l'appello avverso il decreto cautelare monocratico.

Ebbene, recentemente il Supremo consesso della giurisdizione amministrativa ha avuto modo di esprimersi in numerose occasioni in merito alla questione dell'appellabilità del decreto presidenziale *ex art.* 56 c.p.a.

A partire dal 2020, in particolare, e nel corso della perdurante emergenza sanitaria diffusasi a livello globale, come accennato, stante la rilevanza che ha assunto la fase cautelare nell'ambito del processo amministrativo, si è fatto strada in seno alla giurisprudenza amministrativa un orientamento, perlopiù in capo alla sezione III del Consiglio di Stato, nel senso dell'ammissibilità di tale gravame.

In altri termini, i precedenti pronunciamenti del giudice amministrativo nel senso dell'ammissibilità dell'impugnazione del decreto presidenziale cautelare (in particolare Cons. St., sez. III, decr. n. 5650/2014 e sez. IV n. 5971/2018) sono stati riconsiderati e ripresi nel periodo emergenziale laddove in misura crescente si è avvertita l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisprudenziale a fronte della possibile compromissione in via irreversibile, nei tempi tecnici del procedimento cautelare previsti sul piano normativo, del bene della vita avente una rilevanza costituzionale^[37].

In particolare, già nel marzo dello scorso anno, all'esordio dell'emergenza epidemiologica, il presidente della sezione III del Consiglio di Stato si è pronunciato con decreto sul tema rilevando in ordine all'ammissibilità dell'appello come il medesimo giudice avesse in precedenza ritenuto l'ammissibilità del gravame in questione "nei soli, limitatissimi, casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del T.A.R. produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e che tale "bene della vita" corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato"[38].

In buona sostanza, pertanto, in tale pronuncia il Presidente si è espresso favorevolmente rispetto all'ammissibilità dell'appello, rifacendosi in larga misura alla rilevanza costituzionale del diritto invocato dal ricorrente nel caso di specie e mostrando di avallare l'orientamento che ha attribuito priorità ai principi, perlopiù costituzionali, nell'erogazione della tutela, anche laddove ciò si esaurisca in una mancata adesione al dettato normativo processuale in senso letterale.

In altra occasione, sempre il presidente della sezione terza del Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile l'appello unicamente poiché, nel caso di specie, è stato escluso "ogni pericolo di perdita definitiva di un bene della vita direttamente tutelato dalla Costituzione", discutendosi nella fattispecie di un temporaneo pregiudizio economico a fronte di una ordinanza comunale. Nella medesima pronuncia, tuttavia, si è fatto riferimento ai quei "casi eccezionali in cui, con interpretazione costituzionalmente orientata *praeter legem*, il Consiglio di Stato ha ritenuto ammissibile l'appello avverso il decreto cautelare del Presidente di T.A.R." ritenendo dunque di convalidare tale ipotesi interpretativa richiamata[39].

Di seguito e più recentemente, sempre la stessa sezione terza del Consiglio di Stato si è pronunciata nel senso della ammissibilità dell'appello avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal presidente del T.A.R. nei soli casi, ritenuti eccezionali, di provvedimento avente veste esclusivamente formale di decreto e, di contro, contenuto di fatto decisorio.

Tale decreto, nel dettaglio, viene anche denominato dal medesimo giudice quale "decreto meramente apparente" ed identificato in una decisione monocratica resa in primo grado di giudizio, non avente carattere interinale e provvisorio, bensì essenzialmente volto a definire – ovvero, quantomeno, avente caratteristiche tali per cui si pone sostanzialmente quale provvedimento che rischia di definire – in via irreversibile la materia del contendere[40].

In altra pronuncia di poco antecedente si è del pari operato un riferimento ai c.d. "decreti meramente apparenti", evidenziando come solo in tali casi si ritiene debba intervenire il giudice di appello, al precipuo fine di "restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado"[41].

In tempi ancor più recenti, negli ultimi mesi, si di fatto è assistito alla proliferazione di pronunce – essenzialmente una serie di decisioni fotocopia – rese dalla terza sezione del giudice amministrativo d'appello, a fronte dell'impugnazione dei decreti cautelari monocratici emessi da diversi tribunali amministrativi regionali chiamati a pronunciarsi a proposito delle misure urgenti adottate perlopiù dai diversi presidenti di regione, al fine della prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19[42].

In taluni provvedimenti, in particolare, i giudici hanno indirettamente chiarito la *ratio* dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico, precisando come in taluni casi concreti non sia ipotizzabile una sospensione di un qualsivoglia diritto costituzionalmente tutelato sino alla decisione cautelare nell'ambito della camera di consiglio innanzi al T.A.R.^[43].

Lo stesso Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana si è recentemente espresso mediante una pronuncia che si colloca nel solco delle suddette statuizioni sull'argomento, rese dalla sezione terza del Consiglio di Stato^[44].

Nel dettaglio, nella summenzionata pronuncia si è rilevato, in primo luogo, come l'appello avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal presidente del T.A.R. debba ritenersi di norma inammissibile, per ragioni testuali, oltre che per ragioni sistematiche, posto che l'appello di cui trattasi non risulta né previsto e neppure configurabile, in via distinta ed autonoma ai sensi dell'art. 56 c.p.a. ed, inoltre, gli artt. 62 e 100 c.p.a. si pongano quali previsioni normative che consentono l'appello unicamente in relazione a sentenze ed ordinanze, dunque, non anche ai provvedimenti in forma di decreto.

Ne conseguirebbe, secondo quanto statuito dal Giudice in questione, che la revisione o riforma del decreto andrebbe trattata in termini generali nel medesimo grado della misura stessa, con lo stesso mezzo, ovvero in occasione della conseguente camera di consiglio, la cui ordinanza cautelare – come noto – può dare luogo ad appello cautelare, stando al dettato di cui all'art. 62 c.p.a.

Menzionando tale regola generale, tuttavia, anche nell'ambito della statuizione in esame si opera un espresso riferimento ai casi eccezionali in cui il provvedimento in forma di decreto cautelare monocratico abbia un contenuto sostanzialmente decisorio, non presentando cioè un carattere provvisorio e interinale, ma collocandosi quale provvedimento che rischia di definire in via irreversibile la materia del contendere: così nel caso di decreto cui non segua una camera di consiglio, ovvero laddove la fissazione di quest'ultima avvenga con una tempistica talmente irragionevole da privare di qualsivoglia utilità la successiva pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio, determinando un pregiudizio irreversibile (residuando al limite esclusivamente questioni risarcitorie).

In altri termini, tale predicata definizione irreversibile della controversia mediante decreto monocratico si ritiene debba determinare un danno irreparabile in relazione a diritti fondamentali della persona umana, non derivante *ex se* dal solo dato per cui il provvedimento impugnato esplica i suoi effetti prima della camera di consiglio collegiale in primo grado e determinante l'impossibilità di disporre una tutela in forma specifica, con sostanziale rimozione del provvedimento contestato, in sede collegiale.

Ecco che, stando a quanto sostenuto nell'ambito di tale ennesima recente pronuncia sul punto, solo in tale ultimo caso, in presenza degli eccezionali presupposti declinati, sarebbe consentita l'appellabilità del decreto monocratico^[45].

Peraltro, il suesposto filone giurisprudenziale – collocabile nei primi mesi del 2021 – si è verosimilmente originato in conseguenza della pandemia in atto, oltre che delle rilevanti e palesi conseguenze della medesima, a livello globale, sul piano economico e sociale. Si pensi in questo senso, quantomeno sul piano nazionale, alle problematiche occorse in termini di

chiusure degli istituti scolastici di ogni ordine e grado con conseguente attivazione di sistemi di didattica a distanza, ovvero in termini di sospensione di attività e introduzione di stringenti limiti alla circolazione delle persone; provvedimenti questi ultimi che hanno inevitabilmente condotto alla impugnazione in sede giurisdizionale avanti al Giudice amministrativo di provvedimenti adottati dalle autorità a livello locale, regionale, ovvero statale ed alla richiesta di disporre misure urgenti, con ampio ricorso allo strumento della tutela cautelare, anche monocratica^[46].

7. Una visione diametralmente opposta: l'orientamento contrario all'appellabilità

Del resto, a fronte della tesi suesposta, anche nell'ambito della giurisprudenza più recente espressasi sul punto, si sono registrate pronunce del giudice amministrativo di segno opposto, le quali hanno ritenuto di attenersi alle previsioni legislative vigenti^[47].

Nell'ambito di tale orientamento si inseriscono le pronunce del giudice amministrativo che hanno inteso il decreto presidenziale *ex* art. 56 c.p.a. quale eccezionale misura cautelare monocratica presidenziale “che deroga – per la dominanza della somma urgenza – ai principi generali di collegialità e di contraddittorio” ed in quanto tale avente una “funzione strettamente interinale ed impiegabile «prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio»”, cosicché il relativo «decreto» sarebbe “per legge «efficace sino a detta camera di consiglio», che costituisce la giusta sede per l'esame della domanda cautelare”^[48].

Rispetto a tale misura cautelare monocratica presidenziale “la legge non prevede, né per il sistema processuale appare configurabile, la via di un distinto e autonomo appello, sicché ogni questione di revisione al riguardo va trattata nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione delle conseguente collegiale camera di consiglio (la cui «ordinanza cautelare» potrà semmai, a letterale tenore dell'art. 62, formare oggetto di appello cautelare)”^[49].

Più recentemente, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, a fronte dell'appello proposto avverso decreto presidenziale monocratico reso ai sensi dell'art. 56 c.p.a., in base all'asserito inequivoco tenore letterale dell'art. 56, 2° comma, c.p.a., si è espresso, mediante inusuale pronunciamento, nel senso del non luogo a provvedere sull'istanza^[50].

Secondo quanto statuito, in particolare, non vi sarebbe luogo a provvedere sulle istanze di rimedi giuridici inesistenti, “perché non vi è luogo a incardinare una fase o grado di giudizio, esulando dalle competenze presidenziali l'esercizio di qualsivoglia potere processuale non previsto da nessuna disposizione di legge, sia nel senso che non è possibile provvedere sul merito della richiesta, sia nel senso che non è possibile rimettere l'affare all'esame del collegio”^[51].

In senso conforme si è espresso sempre il C.g.a. mediante il decreto 22 maggio 2020, n. 455 (richiamando il condiviso orientamento di cui a Cons. Stato, sez. V, dec. n. 3015/2017 richiamato in precedenza) evidenziando come per la misura cautelare monocratica

presidenziale ex art. 56 c.p.a. la legge non preveda e neppure risulti configurabile per il sistema processuale “la via di un distinto e autonomo appello, sicché ogni questione di revisione al riguardo va trattata nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione delle conseguente collegiale camera di consiglio (la cui «ordinanza cautelare» potrà semmai, a letterale tenore dell’art. 62, formare oggetto di appello cautelare)”. Tale sistema, come evidenziato, non risulterebbe nemmeno in contrasto con il principio costituzionale della pienezza ed effettività della tutela ex art. 24, Cost., cioè soprattutto in ragione della prevista revocabilità e modificabilità del decreto cautelare di cui trattasi (ai sensi dell’art. 56, comma 5 c.p.a.)^[52].

Attenta dottrina pronunciata a proposito delle pronunce del Consiglio di Stato che hanno ritenuto ammissibile l’appello del decreto presidenziale (tra le altre, in particolare Consiglio di Stato, sezione IV, decreto n. 5971/2018,) ha posto in evidenza come l’art. 56, comma 4 del Codice del processo amministrativo preveda che i decreti presidenziali siano «sempre» revocabili o modificabili su istanza di parte, con l’espressione «sempre» che non farebbe riferimento alla possibilità di proposizione in qualsiasi momento, sino alla pronuncia cautelare del collegio, ma alla facoltà di essere richiesta per qualsiasi motivo, anche al verificarsi delle situazioni sopravvenute richiamate di cui all’art. 58 cod. proc. amm.^[53].

A conferma dell’inappellabilità del decreto cautelare del presidente del T.A.R. si porrebbe l’ulteriore argomentazione per cui tale dovrebbe essere considerata una regola generale che emerge dall’impianto del Codice del processo amministrativo, laddove anche un recente intervento di riforma del medesimo Codice ai sensi dell’art. 1 d.l. n. 115 del 5 ottobre 2018 (di seguito non convertito in legge e dunque privato di efficacia *ex tunc*) ha previsto la diretta appellabilità del decreto presidenziale monocratico, prima della trattazione collegiale, anche se reso *ante causam* e finché perduri la sua efficacia; ciò, tuttavia, nelle sole ipotesi di «accoglimento» della misura cautelare e «nei soli casi in cui l’esecuzione del decreto sia idonea a produrre pregiudizi gravissimi ovvero danni irreversibili prima della trattazione collegiale della domanda cautelare». Tale norma evidentemente eccezionale, in altri termini, avrebbe confermato la regola generale della inappellabilità dei decreti presidenziali cautelari.

Da ultimo, circa le ragioni di effettività e pienezza della tutela, richiamate nelle pronunce a sostegno dell’appellabilità dei provvedimenti cautelari in questione, si è sostenuto che la stessa Corte costituzionale, chiamata in passato pronunciarsi sull’assetto della tutela cautelare nel processo amministrativo, prima ancora dell’introduzione della tutela *ante causam*, aveva posto in evidenza la necessità di riferirsi alle scelte del legislatore, escludendo la configurazione di una violazione di principi costituzionali^[54].

Sempre rispetto al profilo della presunta violazione di principi di rango costituzionale, si è rilevato come “il valore costituzionale degli interessi in gioco nella vertenza non attribuisce al giudice la capacità di disporre in contrasto con la legge processuale”^[55].

In altri termini, la rilevanza di principi costituzionali rileverebbe in termini di valutazione del *periculum in mora*, dunque ai fini della pronuncia cautelare, ma non consentirebbe al giudice di individuare una disciplina in contrasto con il dettato legislativo; quest’ultimo, in quanto sempre soggetto alla legge, potrebbe al limite sottoporre alla Corte costituzionale questione di legittimità, laddove non ritenesse condivisibile quanto disposto dalla legge. Ciò, a maggior ragione, alla luce del disposto di cui all’art. 111, 1° comma Cost. e nella vigenza di una precisa

riserva di legge in materia processuale nel nostro ordinamento avente valore per tutte le parti del processo.

8. Considerazioni conclusive

In conclusione, si deve constatare che, pur a fronte della inequivocabilità del dettato normativo, quello dell'appellabilità del decreto monocratico cautelare è un problema aperto in seno alla giurisprudenza amministrativa.

Le divergenze interpretative derivano con tutta evidenza dalla lettura data ai principi costituzionali ed eurounitari concernenti il diritto di difesa, l'effettiva della tutela ed il doppio grado di giudizio^[56], (artt. 24, 113 e 125 Cost. e 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), con riferimento alla possibilità del giudice amministrativo di ricercare la sentenza "giusta" nel caso concreto anche a prescindere dalla disciplina processuale esistente^[57].

In termini generali, non può essere certamente negata la necessità di assicurare il principio di effettività della tutela, utilizzando tutti gli strumenti individuabili nell'ambito dell'ordinamento interno e ciò, a maggior ragione in presenza di un'esigenza di una tutela pronta ed effettiva, così come si è ravvisato in particolare nel corso dell'emergenza sanitaria e della possibile compromissione in senso irreversibile del bene della vita preteso^[58].

Imprescindibile, del pari, il dettato dell'art. 113 Cost. ove si trova precisato a chiare lettere come la tutela giurisdizionale non possa essere esclusa o limitata a particolari mezzi d'impugnazione o per determinate categorie di atti.

In tale quadro, certamente, si collocano pertanto le pronunce del giudice amministrativo mostratesi favorevoli rispetto all'ammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico, rimedio ritenuto ad ogni modo esperibile, nei provvedimenti in questione, laddove sia configurabile una perdita definitiva ed irreversibile di un bene della vita corrispondente ad un diritto costituzionalmente tutelato del soggetto interessato.

Anche nell'attuale momento storico, non si può tuttavia ignorare il fatto che il dato normativo vigente, in ragione della chiara previsione di cui all'art. 56, comma 2 c.p.a., in realtà non consente una tale interpretazione, neppure in un'ottica logico-sistematica, ovvero adottando un approccio ermeneutico costituzionalmente orientato.

Pur comprendendo le ragioni alla base del suddetto orientamento, sviluppatosi soprattutto per la necessità di commisurare l'intervento del giudice amministrativo alle peculiari esigenze di tutela dettate dall'emergenza sanitaria, rimane il fatto che la previsione puntuale ed inequivoca circa la non impugnabilità del decreto cautelare presidenziale rende la suddetta interpretazione non *praeter*, ma *contra legem*^[59].

Ciò rende il discorso attuale diverso da quello che si è posto in passato in relazione alla possibilità di proporre appello avverso le ordinanze cautelari, in quanto all'epoca non c'era nell'ordinamento una precisa norma di legge che ne negasse esplicitamente la impugnabilità.

Sarebbe ovviamente risolutivo ed auspicabile un intervento del legislatore sul punto^[60] che, a fronte di una inevitabile compressione del contraddittorio^[61], desse comunque una univoca regola processuale o che in merito, a fronte dei contrastanti orientamenti giurisprudenziali occasionati dalla esigenza di fornire adeguata risposta all'emergenza sanitaria, intervenisse quantomeno una pronuncia dell'Adunanza plenaria.

[1] La novella legislativa del 2000, in questo senso, ha ripreso le statuizioni di cui al parere del Consiglio di Stato, Adunanza generale, 8 febbraio 1990, n. 16.

[2] A proposito dello strumento in questione si v. P. Divizia, *Considerazioni sulla tutela ante causam nel processo amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 10, 2002, 3435 ss. L'A. ha delineato il decreto monocratico presidenziale quale provvedimento giudiziale "anomalo e di non chiara compatibilità costituzionale, atteso che in relazione ad esso il legislatore non ha previsto alcuna forma di controllo, reclamo o impugnazione".

[3] Tra i primi commenti a proposito della legge n. 205/2000, con specifico riferimento alla tutela cautelare, si v. C.E. Gallo, *Presidente e Collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2001.

[4] In dottrina si v., tra gli altri, A. Travi, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano, Padova, 2001; U. Di Benedetto, *Il provvedimento cautelare: forme ed effetti*, in *www.diritto2000.it*; C. Mignone, *Diritto amministrativo*, II, a cura di AA. VV., Bologna, 2001, 2006 ss.; P. Divizia, *Considerazioni sulla tutela ante causam nel processo amministrativo*, cit.; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 1079.

Cfr., in tal senso, altresì Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2000, n. 5602, inedita.

In termini generali sul provvedimento cautelare in esame cfr. G. Guidarelli, *I provvedimenti cautelari monocratici nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 727 ss. e T. Nicolazzi, *I provvedimenti presidenziali d'urgenza nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 6, 2001, 1817 ss.

[5] V. sul punto Cons. St., parere 6 febbraio 2006, n. 355, in *Foro amm. – Cds*, 2006, 637, oltre che, in dottrina, M.A. Sandulli, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, I, 37 e R. Garofoli, *La tutela cautelare ante causam*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M. A. Sandulli-R. De Nictolis-R. Garofoli, vol. VI *Il contenzioso*, Milano, 2008, 4057.

[6] In proposito si v. V. Fanti, *L'appellabilità del decreto monocratico nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2, 2021.

[7] In questo senso, v. specialmente, Cons. st., sez. IV, 22 aprile 1977, n. 29, in *Foro it.*, 1977, III, 233, con nota di F. Satta.

[8] V., tra le altre, Cons. St. sez. VI, 11 luglio 1977, n. 34, in *Foro it.*, 1977, III, 545 e Cons. St., sez. IV, 14 giugno 1977, n. 41, inedita.

[9] Tale legge è entrata in vigore esattamente cinque giorni prima della lettura del dispositivo di cui alla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 20 gennaio 1978, n.1.

[10] Cons. St., Ad plen., 20 gennaio 1978, n. 1, in *Foro it.*, 1978, III, 1, con nota di F. Satta, e commentata anche da M. A. Sandulli, in *Giur. it.*, 1978, III, 1, 145; Gasparini Casari, in *Cons. Stato*, 1978, I, 689; B. Moretti, in *Foro amm.*, 1978, I, 19.

[11] Sulla questione si v. E. Follieri, *Il giudizio cautelare amministrativo. Codice delle fonti giurisprudenziali*, Rimini, 1992.

[12] Così Cons. St., Ad plen., 20 gennaio 1978, n. 1, cit.

[13] Cfr. Cons. St., Ad plen., 8 ottobre 1982, n. 17, in *Foro it.*, 1982, 106, II, 41.

[14] Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 8, in *Foro it.*, 1982, 105, I, 329.

[15] Si v. sul punto F. Satta, *Giustizia cautelare*, in Enc. dir., agg., I, 1997, I, Milano, 595 ss. Di recente, sul tema, v., inoltre, A. De Siano, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in www.federalismi.it, 2020.

[16] Cons. St., sez. V, dec., 18 settembre 2009, n. 4628, in *Foro amm – Cds*, 2009, 2614, con nota di C.E. Gallo, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*.

[17] Cfr. C.E. Gallo, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, nota a Cons. St., sez. V, dec., 18 settembre 2009, n. 4628, in *Foro amm – Cds*, 2009, 2615 ss.

[18] Cfr. C.E. Gallo, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, cit., 2616.

[19] Nell'ambito della disciplina sulle impugnazioni di cui al codice di procedura civile, peraltro, si rinviene la possibilità di esperire appello avverso l'ordinanza monocratica cautelare, seppure in forma di reclamo proposto ad un giudice diverso.

[20] C.E. Gallo, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, cit., 2619. L'A., nell'ambito del commento in questione richiama altresì, a sostegno della tesi dell'appellabilità, il caso precedentemente affrontato dal giudice amministrativo dell'appellabilità delle ordinanze collegiali chiamate a decidere sul ricorso in materia di accesso proposto in corso di causa, del pari risolto con l'affermazione della possibile appellabilità ammessa laddove la ragione della pronuncia fosse la sussistenza o meno dei presupposti dell'accesso agli atti amministrativi.

[21] Così Cons. St., sez. III, 11 dicembre 2014, n. 5650, in www.giustizia-amministrativa.it.

[22] Cons. St., sez. IV, dec., 7 dicembre 2018, n. 5971, in *Foro it.*, 2019, III, 117.

Nel caso di specie la questione riguardava l'ammissibilità del ricorso in appello avverso decreto cautelare del Presidente del T.A.R. Emilia Romagna di rigetto della domanda di sospensione del provvedimento di mancata ammissione alle prove scritte per l'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense in assenza della documentazione indispensabile da allegare alla domanda e alla luce della fissazione della camera di consiglio in data successiva rispetto a quella stabilita per lo svolgimento delle prove scritte.

Nello stesso senso si è pronunciato in precedenza sempre il Consiglio di Stato, nell'ambito dell'analizzato decreto della sez. III, 11 dicembre 2014, n. 5650.

[23] Nella pronuncia in esame, sul punto, si richiamano peraltro i precedenti decreti del Consiglio di Stato, sez. VI, 1° settembre 2017, n. 3538 e n. 3539; 30 agosto 2017, n. 3418 e n. 3419; 25 agosto 2017, n. 3408.

[24] Così, in particolare, Cons. St., sez. III, 26 novembre 2020, n. 6795, in www.giustizia-amministrativa.it.

[25] Così A. Travi, *Considerazioni minime sull'appello contro i decreti cautelari dei tribunali amministrativi regionali*, nota a Cons. St., sez. III, 26 novembre 2020, n. 6795, in *Foro it.*, 2021, III, 7.

[26] La letteratura sul ruolo della tutela cautelare in senso generale è, come noto, sterminata. Ad ogni modo, tra gli altri contributi si v. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936; E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; A. Romano, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1987, III, 2491; A. Travi, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329 ss.; M. Andreis, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996; R. Garofoli – M. Protto, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002; S. Raimondi, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 609 ss.; M.A. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.federalismi.it, 2009; R. Cavallo Perin, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 4, 1165.; A. Police, *La tutela cautelare di primo grado, in il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, Padova, 2017; M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il 'rito appalti' e le esigenze imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it, 2017; Id., "Fase 2". *I giudizi camerale nel processo amministrativo, oltre la legislazione dell'emergenza: Riti speciali, "camere di consiglio" atipiche e funzione "preparatoria" della decisione di merito*. Relazione al Convegno "Dal processo al procedimento: ruolo e prospettive della tutela cautelare e del rito camerale nel rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione", Venezia, 2 dicembre 2019, in www.federalismi.it, 2020.

[27] Sul tema si v. in senso generale: R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 777-841; M. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzia*, Bologna, 2008; L. Giani-M. D'Orsogna-A. Police, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018.

[28] Cfr. sul punto R. Dagostino, *Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica)*, in questa rivista, 2020. L'A. evidenzia in particolare come la risposta del giudice interrogato in sede cautelare al fine di garantire una tutela giurisdizionale, sospesa tra effettività della tutela e rispetto della legalità, rischi in taluni casi di concretizzarsi in "manifestazioni estremistiche, non giustificabili, quali sono quelle del creazionismo giudiziario o, all'opposto, un eccessivo e ingiustificato *self-restraint* dell'organo giudicante".

[29] Sull'argomento si v. M. Midiri, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, 2, 61-71.

[30] Si v. sul tema il Webinar di Modanella, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, sul tema "*L'emergenza Covid-19 e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro*", 30 giugno-1° luglio 2020, pubblicati in questa rivista il 6 luglio 2020.

[31] L'art. 84, comma 1 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, ha testualmente disposto la decisione dei procedimenti cautelari promossi o pendenti tra l'8 marzo e il 15 aprile 2020 con decreto monocratico del presidente o di un magistrato da lui delegato, con il rito di cui all'articolo 56 del codice del processo amministrativo. Con le precisazioni per cui "il decreto è tuttavia emanato nel rispetto dei termini di cui all'articolo 55, comma 5, del codice del processo amministrativo, salvo che ricorra il caso di cui all'articolo 56, comma 1, primo periodo, dello stesso codice. I decreti monocratici che, per effetto del presente comma, non sono stati trattati dal collegio nella camera di consiglio di cui all'articolo 55, comma 5, del codice del processo amministrativo restano efficaci, in deroga all'articolo 56, comma 4, dello stesso codice, fino alla trattazione collegiale, fermo restando quanto previsto dagli ultimi due periodi di detto articolo 56, comma 4".

[32] Tra i commenti a proposito della disciplina in questione si v.: P. D'angiulillo, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, in www.lexitalia.it, 2020; F. Volpe, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in www.lexitalia.it, 2020; C. Cataldi, *La giustizia amministrativa ai tempi del Covid 19*, in www.giustamm.it, 3, 2020; N. Paolantonio, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più speciale*, in www.giustamm.it; C. Saltelli, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18*, in www.giustamm.it, 3, 2020; F. Francario, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; M.A. Sandulli, *Vademecum sulle ulteriori misure anti Covid-19 in materia di giustizia amministrativa: l'art 84 del decreto "cura Italia"*, in www.lamministrativista.it; F. Saitta, *Sulla decisione di prevedere una tutela cautelare monocratica ex officio nell'emergenza epidemiologica da Covid-19: chi? come? ma soprattutto, perché?*, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 6 aprile 2020.

[33] Sull'applicazione della disciplina in questione si è peraltro espresso il presidente del Consiglio di Stato, mediante nota esplicativa del 19 marzo 2020, n. 1454, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

[34] Sul punto si v. F. Francario, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 15 aprile, 2020. L'A., pone in luce in senso generale come le norme dettate per contrastare la situazione di emergenza che interessano il processo amministrativo "differentemente da quelle dettate per la generalità degli altri processi, non rispondono ad alcun principio e si disperdono in una confusa e contraddittoria disciplina di dettaglio di cui non si sentiva affatto la necessità e che finisce con il produrre un generale disorientamento".

[35] Si fa riferimento a Cons. St., sez. VI, dec., 23 marzo 2020, n. 1343, che richiama la menzionata nota di chiarimenti del Presidente del Consiglio di Stato, n. 1454/2020.

Sull'argomento si v., inoltre, in dottrina M.A. Sandulli, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in www.federalismi.it, 2020. L'A. ivi evidenzia come il divieto di impugnazione dei decreti monocratici sia testualmente sancito all'art. 56, comma 2 c.p.a., norma dal "chiaro e inequivocabile tenore", mentre nell'ambito del d.l. 18/2020 non siano ravvisabili previsioni derogatorie rispetto alla suddetta norma.

[36] Cfr. C. Saltelli, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18*, cit.

[37] M. Midiri, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, cit.

[38] Cons. St., sez. III, dec., 30 marzo 2020, n. 1553, in www.giustizia-amministrativa.it. Nel caso di specie, concernente la richiesta di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza avanzata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi, tuttavia, non sono state ritenute sussistenti le condizioni per un accoglimento dell'appello cautelare proposto,

considerato che la gravità del danno individuale si è ritenuto non potesse condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo.

In senso analogo v. altresì Cons. St., sez. III, dec., 31 marzo 2020, n. 1611 e Cons. St., sez. III, dec., 23 aprile 2020, n. 2129, ove si è esplicitato che l'appello avverso il decreto presidenziale del T.A.R. è ammesso soltanto allorché sia dimostrato il pericolo concreto di irreversibile perdita di un "bene della vita" tutelato da norme costituzionali, presupposto non ravvisato nel caso di specie.

[39] Cons. St., sez. III, dec., 27 aprile 2020, n. 2294, in www.giustizia-amministrativa.it.

[40] Cfr., in questo senso, tra le altre, Cons. St., sez. III, 10 marzo 2021, n. 1224. Nel caso di specie, in particolare, il Consiglio di Stato ha respinto l'istanza cautelare, confermando quanto rilevato nell'ambito del decreto presidenziale, di seguito appellato dal ricorrente, circa la mancanza nel caso in questione di irreparabilità e di gravità del danno lamentato e la coerenza della misura regionale contestata con gli obiettivi primari di precauzione, nell'ambito di un giudizio promosso a fronte della presunta invasività e pericolosità di misure precauzionali, quali il tampone molecolare, adottate dall'autorità regionale per fronteggiare la pandemia da Covid-19.

[41] Così Cons. St., sez. III, 3 marzo 2021, n. 1034, decisione resa in appello a proposito della questione di stretta attualità della generalizzata sospensione dell'attività didattica in presenza per la scuola dell'infanzia e primaria, nell'ambito della quale si è sostanzialmente posto in luce come il giudice amministrativo non possa sostituirsi all'autorità, nella specie il presidente della regione, nell'effettuare una scelta applicando il principio di massima precauzione sanitaria a scapito della compressione temporanea del diritto alla frequenza scolastica in presenza.

[42] Si v., in questo senso, Cons. St., sez. III, 3 marzo 2021, n. 1031; Cons. St., sez. III, 11 gennaio 2021, n. 18, oltre che Cons. St., sez. III, 15 febbraio 2021, n. 749, decreto quest'ultimo che, rammentata la categoria dei "decreti meramente apparenti" ha provveduto ad accogliere l'istanza cautelare proposta dalla Regione Umbria concernente il ripristino dell'efficacia dell'ordinanza di chiusura temporanea degli istituti per infanzia e nidi della Regione.

[43] Così, in particolare, Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2021, n. 304, laddove si è accolta l'istanza cautelare, sospendendo nei confronti degli appellanti l'esecutività del d.p.c.m. impugnato per la parte relativa all'obbligo per un minore infradodicesenne di indossare la mascherina, quale d.p.i., a scuola durante l'orario scolastico.

[44] Si v. in questo senso C.g.a., dec., 25 gennaio 2021, n. 61, in www.giustizia-amministrativa.it.

[45] Lo stesso Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, si è assai recentemente espresso sempre sulla specifica questione della impugnazione delle misure cautelari monocratiche rilevando, nel caso di specie, come nessuna previsione del Codice del processo amministrativo preveda ovvero consenta la richiesta in via autonoma di misure cautelari monocratiche in corso di causa, in assenza cioè della contestuale domanda principale di misure cautelari collegiali (cfr. C.g.a., 20 marzo 2021, n. 199).

[46] Sulla questione si v. R. Dagostino, *Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica)*, cit.

[47] Evidentemente, come rilevato in dottrina, tale giurisprudenza ha fatto proprio un approccio al dato normativo assai differente rispetto a quello di cui alla menzionata Ad. plen. 1/1978, cui si sono invece uniformate le pronunce dimostrate in favore dell'appellabilità dei decreti cautelari, le quali hanno assegnato un valore "relativo" alle prescrizioni processuali, leggendole le stesse alla luce del principio di effettività della tutela, che si concretizza nel caso in esame nel principio del doppio grado di giudizio, al fine di rafforzare in senso effettivo la giustiziabilità del potere amministrativo. In questo senso A. De Siano, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, cit.

[48] Cfr., in questo senso, Cons. St., sez. V, 19 luglio 2017, n. 3015, in www.giustizia-amministrativa.it.

Si v., inoltre, sul punto le argomentazioni di cui a C.g.a., dec., 5 dicembre 2019, n. 780, laddove si è precisato che il potere cautelare monocratico è esercitabile solo "prima della trattazione della domanda cautelare da parte del Collegio" (art. 56, comma 1, c.p.a.), sicché, dopo che sia già intervenuta la pronuncia collegiale, un riesame della stessa può essere pronunciato solo dal Collegio (art. 58, comma 1, c.p.a.). In questo senso, si è chiarito come il combinato disposto dell'art. 56, comma 1 e dell'art. 58 comma 1 c.p.a. debba essere interpretato nel senso che il potere cautelare monocratico sia esercitabile solo prima che il Collegio non si sia mai pronunciato, e non anche dopo il primo esercizio del potere cautelare collegiale, quando vengano presentate istanze di riesame o modifica dei provvedimenti collegiali. Un'opposta esegesi, infatti, che consentisse di intervenire monocraticamente dopo e su decisioni cautelari collegiali, vanificherebbe il principio di collegialità della misura

cautelare e quello di eccezionalità del potere monocratico cautelare, che può solo anticipare quello collegiale, ma mai seguirlo e tradursi in un riesame del medesimo.

[49] Cons. St., sez. V, 19 luglio 2017, n. 3015, in www.giustizia-amministrativa.it.

[50] C.g.a., sez. giurisd., dec., 25 agosto 2020, n. 624, in *Foro it.*, 2020, III, 567.

Nello stesso senso, ha dichiarato in termini generali il «non luogo a procedere» sull'appello proposto contro un decreto cautelare, Cons. Stato, sez. IV, ord. caut. 11 gennaio 2019, n. 39, in *Foro it.*, 2019, III, 117, rilevando come nel processo amministrativo, il Consiglio di Stato sia incompetente a confermare o revocare la misura cautelare concessa con decreto del presidente del T.A.R., in quanto, ai sensi dell'art. 62 cod. proc. amm., la pronuncia cautelare collegiale del Consiglio di Stato non può precedere quella del T.A.R., essendo configurata esclusivamente quale decisione avente ad oggetto una decisione cautelare assunta in primo grado nella sede collegiale.

Si v., inoltre, in senso conforme Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2018, n. 4875, e sez. V, dec., 19 luglio 2017, n. 3015, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it.

[51] C.g.a., sez. giurisd., dec., 25 agosto 2020, n. 624.

[52] Così C.g.a., dec. 22 maggio 2020, n. 455, in www.giustizia-amministrativa.it, pronunciandosi a proposito dell'appello proposto avverso il decreto monocratico cautelare del giudice di primo grado che ha respinto l'istanza di sospensione dell'ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Regione siciliana n. 21 del 17 maggio 2020, recante "*misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*".

[53] Così A. Travi, *In tema di impugnabilità del provvedimento cautelare emesso dal giudice amministrativo di primo grado*, nota a Cons. St., sez. IV; ord., 11 gennaio 2019, n. 39; Cons. St., sez. IV, 9 febbraio 2019, n. 5971, in *Foro it.*, 2019, III, 119-121. Sul punto si v. altresì F. Aperio Bella, *Il procedimento cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo* a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2013, 181. Nel senso della necessità di contestare la «ingiustizia» o l'invalidità del decreto presidenziale mediante richiesta di revoca di tale decreto, come asserito dall'A., si v. inoltre i richiamati contributi di A. Police, *La tutela cautelare di primo grado*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo* a cura di Cirillo, Padova, 2014, 509 e M.A. Sandulli, *Commento all'art. 56 e Commento all'art. 61*, in *Il processo amministrativo*, a cura di Quaranta e Lopilato, Milano, 2011, 513 e 529.

[54] V. A. Travi, *In tema di impugnabilità del provvedimento cautelare emesso dal giudice amministrativo di primo grado*, cit. Ivi l'A. fa riferimento, in particolare, a Corte cost., ord. 10 maggio 2002, n. 179.

[55] A. Travi, *Considerazioni minime sull'appello contro i decreti cautelari dei tribunali amministrativi regionali*, cit.

[56] In questo senso si v. in particolare le argomentazioni di cui a Cons. St., Ad. plen., 8 ottobre 1982, n. 17, cit.

[57] Cfr. in argomento F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018 e Id. (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018.

[58] In dottrina, tuttavia, prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, si era posto in evidenza come la tutela in sede giurisdizionale, per il fatto di corrispondere ad un diritto fondamentale dell'individuo, «deve essere riconosciuta sempre, ove necessario, con l'utilizzazione di tutti i rimedi che, astrattamente, l'ordinamento ammette siano esperiti, anche al di là delle previsioni ostative del legislatore che, in questo caso devono considerarsi costituzionalmente illegittime». Così C.E. Gallo, *L'appellabilità del provvedimento cautelare presidenziale*, cit., 2618.

Del medesimo avviso, più di recente, A. De Siano, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, cit.

[59] Non è del tutto chiaro se secondo V. Fanti, *L'appellabilità del decreto cautelare monocratico nel processo amministrativo*, cit., sarebbe comunque soltanto un problema di «lacune» normative.

[60] Si rammenta come in passato il legislatore sia intervenuto introducendo l'appello avverso il decreto presidenziale adottato ai sensi dell'art. 56 c.p.a. purchè positivo: in tal senso disponeva, infatti, l'art. 1, comma 1, lett. d) del d.l. 5 ottobre 2018, n. 115. Tale intervento, tuttavia, non è stato di seguito convertito in legge e appariva inoltre limitato alle sole controversie sportive. Sull'argomento si v. I. Tranquilli, *L'appello contro il decreto cautelare: il Governo entra "a gamba tesa" sul processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 10, 2018.

20 aprile 2021

[61] Sul principio del contraddittorio rispetto al giudizio cautelare si v. F. Francario, *Processo amministrativo e definitività dei provvedimenti cautelari*, in *Giorn. dir. amm.*, 8, 1996, 743 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1737 – 19 maggio 2021

Pandemia, Stato e Regioni: quando la ‘materia’ non basta (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021)

di Marcella Gola

Sommario: 1 L'emergenza come criterio autonomo di riparto delle competenze territoriali - 2. Emergenza e rischio: vecchie e nuove sfide per la gestione delle crisi - 3. Crisi sanitaria e unità economica - 4. Segue. Specificità del contesto e potere di decisione - 5. Considerazioni conclusive. Ampiezza degli interessi e sistema sanitario nazionale.

1. L'emergenza come criterio autonomo di riparto delle competenze territoriali

La pandemia da Sars – Covid 19 già per definizione evoca la distribuzione territoriale ampissima degli interessi che chiedono protezione, richiamando la necessità di concertarsi sull'efficacia delle misure adottate rispetto agli obiettivi identificati come reazione all'evento negativo sopravvenuto.

Efficienza ed economicità, come parametri di valutazione dell'agire pubblico, subiscono contingentemente un arretramento, rispetto all'efficacia, nella definizione di strumenti e decisioni straordinari da commisurare alle effettive esigenze di contenimento e cura della malattia.

La pandemia, termine attualmente usato per indicare l'emergenza sanitaria da Sars- Covid 19, è una denominazione dalla radice più antica di quella che indica la globalizzazione, fenomeno che da tempo ha rimesso in discussione la corrispondenza ideale tra i governi territoriali

autonomi e gli interventi pubblici in ambito economico e sociale, basata prioritariamente sulla preferenza per la vicinanza dei primi al contesto sul quale i secondi incidono.

Questo criterio, espresso chiaramente in Costituzione con riferimento alla funzione amministrativa, ha fornito alle Regioni una sollecitazione ad affermare la propria competenza, anche legislativa, a fronte della situazione di crisi sanitaria e, di riflesso, economica, che si è verificata.

In generale, occorre infatti ricordare che la pandemia ha fatto un ingresso ‘a gamba tesa’ nel processo di differenziazione regionale, nel quale spiccava la richiesta di maggiori poteri in materia sanitaria.

Oltre alla rivendicazione della sfera di autonomia già riconosciuta a questi Enti, la spinta all’intervento ‘individuale’, cioè fuori sistema, si è basata anche sulla oggettiva diversificazione della distribuzione territoriale – specie in fase iniziale, nei primi mesi del 2020 – del virus, tale da motivare chiusure ed isolamento delle aree maggiormente colpite; il criterio della ‘colorazione’ ha concretizzato tale circostanza, dando anche visibilità alla valutazione del corrispondente rischio sottostante.

Alla condizione sanitaria, ritenuta in linea di principio riconducibile alla competenza concorrente in materia di ‘tutela della salute’ nonostante l’eccezionalità della sua consistenza ed estensione, si è presto affiancata la considerazione per l’impatto sociale di dette chiusure - estese cautelativamente all’intero territorio nazionale, pur con diverse gradazioni -, specie sull’economia, anch’essa entrata in crisi.

In questo contesto si colloca la l.r. Valle d’Aosta, 9 dicembre 2020, n. 11, recante ‘Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d’Aosta in relazione allo stato d’emergenza’, oggetto d’impugnazione da parte del Governo, con la quale la Regione autonoma ha inteso intervenire sulle attività indicate, in particolare con attenzione al settore del turismo, attività centrale per lo sviluppo locale.

La finalità ‘multipla’ della legge – contenimento contagio tramite regolamentazione attività economiche – offre uno spunto di riflessione particolarmente interessante, anche per il futuro assetto dei rapporti tra Stato e Regioni.

L’occasione conseguente alla dichiarazione dello stato di crisi espressa dall’ONU che ha così sancito il ‘salto di qualità’ – in negativo, purtroppo, - dell’epidemia divenuta mondiale può servire, utilmente, a superare l’idea che il potere legislativo si distribuisca solo per materie, declinabili con contenuti predeterminati, condivisi e certi.

La sentenza della Corte si basa a prima lettura sull’applicazione del principio del riparto per materie, rinvenendo nella fattispecie la riserva statale che esclude la scelta alternativa voluta dalla Regione alla materia ‘*profilassi internazionale*’, ritenuta idonea ad assorbire tutta la complessità della emergenza che si è intesa contrastare coi provvedimenti statali disattesi dalla diversa determinazione del Consiglio regionale. Tale interpretazione, per inciso, vale ad escludere ogni potestà regolamentare in capo alle Regioni.

In realtà, le argomentazioni della Corte aprono la strada a più ampi scenari e riflettono un generale stato di insoddisfazione rispetto a soluzioni apparentemente rispettose di criteri formali ma non in linea con l'assetto complessivo dell'ordinamento giuridico attuale e dei livelli di competenza in cui questo è articolato.

Ferma restando la necessità di proporzionare le misure da adottare all'effettiva natura del caso – operazione non semplice, in buona parte condizionata da valutazioni tecnico scientifiche di cui la politica può offrire solo una sintesi, traducendole in iniziative concrete –, il dato che emerge nel caso considerato è infatti quello che assegna rilevanza determinante alla *peculiarità della situazione*, risultato di una combinazione di una pluralità di fattori e non riconducibile nel suo complesso al quadro ordinario e, potremmo dire, statico, che regola la distribuzione del potere.

L'emergenza riguarda infatti la situazione; non classifica il provvedimento adottato in quanto il legislatore non ne ha bisogno, essendo ampia la discrezionalità legislativa, condizionata dalla sua ragionevolezza variamente declinata, senza che sia ravvisabile la necessità di motivare l'esercizio di un potere con risultati derogatori rispetto al diritto vigente.

La Corte costituzionale segue questa impostazione quando esclude la pertinenza alla competenza statutaria delle norme impugnate, combinandole “alla luce delle finalità perseguite dal legislatore regionale e del fascio di compositi interessi coinvolti”: così al punto 5 del considerato in diritto della sent. n. 37 del 2021, aderendo alla prospettazione dello Stato in veste di ricorrente.

Eliminare il pericolo e diffondere sicurezza sono obiettivi propulsori del potere pubblico, validi ad intrecciarsi con ogni materia settoriale che deve pro quota cedere per garantire la conservazione dell'ordinamento giuridico, a partire da quello statale, sovrano e originario. Non trasversalità, non specialità ma straordinarietà ed emergenza determinano quindi il necessario assetto per un adeguato intervento unificato al livello più ampio dell'ordinamento. Nella recente dottrina, già prima della dichiarazione di pandemia, è stata ben evidenziata la necessità di affrontare l'emergenza con un nuovo approccio giuridico [\[1\]](#)

L'ordinamento giuridico contiene molti indizi in questo senso, prevedendo sempre clausole di apertura verso il contrasto dell'eccezionalità: nel diritto amministrativo è esemplare il caso delle ordinanze contingibili e urgenti, definite convenzionalmente ‘libere’. Per quello legislativo esiste lo strumento del decreto legge che sposta addirittura l'esercizio della funzione dal suo titolare, sacrificando in nome di straordinarietà, necessità e urgenza il fondamentale canone dell'azione del Parlamento, rappresentante della sovranità popolare.

Non si pone in discussione l'autonomia regionale, che anzi continua a rappresentare il livello organizzativo più adatto per collocare, tra gli altri, i servizi sanitari. La pandemia, si è già ricordato, si è manifestata mentre era in pieno svolgimento un processo evolutivo diretto proprio in questa direzione, interrotto appunto dal radicale cambiamento del contesto cui si rivolgeva e dall'emergenza riscontrata.

La stessa Corte, intervenendo sulla censurata scelta della Regione Valle d'Aosta, ha infatti ritenuto opportuno affermare espressamente “quanto fondamentale sia l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale, a mezzo della quale lo Stato stesso può perseguire i propri scopi”, ribadendo contestualmente che sia il legislatore statale “titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti”, da intendere

“coessenziali al disegno di contrasto di una crisi epidemica” come si legge al punto 8 del considerato in diritto, sent. n. 37 del 2021 cit.

Ancor più concretamente, nella stessa sentenza, con riferimento all’art. 2 del d.l. n. 19 del 2020 e sul “percorso di leale collaborazione con il sistema regionale” ivi disposto, al punto 12 del considerato in diritto si reputa che quella adottata dal legislatore statale sia una “soluzione normativa consona sia all’ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia, sia alla circostanza obiettiva per la quale lo Stato, perlomeno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall’art. 120 Cost., è tenuto a valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche” (il corsivo è di chi scrive).

L’espressione adottata, si nota agevolmente, evoca quella di ‘avvalimento di uffici’ che il vecchio testo dell’art. 118 cost. proponeva come alternativa per lo svolgimento delle funzioni amministrative regionali, finalizzata più all’intento di evitare duplicazioni che a quello di rispettare l’autonomia degli enti locali sulla quale era destinata ad incidere. Difficile pensare alla casualità del termine scelto, che sottolinea piuttosto - e non senza problematicità - l’idea della chiamata non in sussidiarietà, ma all’unità del sistema a fronte della straordinarietà della situazione da affrontare.

Occorre in ogni caso riconoscere l’esigenza che l’ordinamento sappia adattarsi alla straordinarietà delle situazioni, non attraverso interventi speciali e in quanto tali non contemplati, ma ricorrendo a misure diversificate rispetto allo standard, previamente determinato in via generale ed astratta prefigurando un andamento ‘normale’ dei fenomeni che si intendono regolare.

Si tratta quindi di aprire la strada a strumenti adeguati alla situazione da affrontare, legittimi nei limiti – temporali, qualitativi e quantitativi - di quanto necessario a dare risposta e contrastare l’alterazione dell’assetto degli interessi delineato dalla legge. Non si tratta di distinguere per specialità un caso particolare dal genere cui è riconducibile, bensì di ripristinare l’ordine giuridico che è stato leso o è minacciato da eventi o circostanze eccezionali, con interventi mirati e proporzionati.

Il tema si sposta quindi sulla ricerca della titolarità non tanto dell’intervento in sé ma della definizione della sua giusta proporzione, da intendere integrato nel potere di agire.

In coerenza con questa affermazione, la Corte ricorda diverse fonti legislative che riconducono allo Stato la competenza di intervenire in caso di emergenza, anticipando il ricorso al principio di sussidiarietà in materia di igiene e sanità pubblica – tema principale della fattispecie -, e di polizia veterinaria. Ai sensi dell’art. 32, l. n. 833 del 1978, Regioni ed enti locali sono infatti legittimate ad adottare ordinanze contingibili e urgenti, a condizione che “l’efficacia di tali atti possa essere garantita da questo livello di governo, posto che compete invece al Ministro della salute provvedere quando sia necessario *disciplinare l'emergenza*” (sent. n. 37 del 2021 cit.) tramite l’adozione di provvedimenti “con efficacia estesa all’intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più Regioni”, facendo altresì salvi, nelle stesse circostanze, “i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell’ordine pubblico” (art. 32 cit., confermato anche dall’art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998 contestualmente ricordato). Nel brano estratto dalla sentenza richiamata si intende evidenziare – con il corsivo di chi scrive - l’uso dell’espressione “disciplinare l'emergenza”,

riconosciuta perciò ‘materia’ (meglio: *legittimazione*) autonoma, oggetto del potere pubblico in discussione.

Il Giudice delle legge, a sottolineare l’affermazione che “il legislatore non abbia inteso riferirsi all’ovvio limite territoriale di tutti gli atti assunti in sede decentrata, ma, piuttosto, alla natura della crisi sanitaria da risolvere” (punto 8 del considerato in diritto) richiama anche il t.u.e.l., d.lgs. n. 267 del 2000, il cui art. 50, comma 5, limita il potere sindacale di ordinanza alle emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, sancendo il passaggio di competenza agli altri livelli di governo territoriale in base alla dimensione dell’emergenza da affrontare.

Ultima citazione è quella alla quale si deve una delimitazione legislativa dell’emergenza, costruendo appositamente un Servizio nazionale per fronteggiarla.

Secondo il d.lgs. n. 1 del 2018, Codice della protezione civile, ragionando a contrario, l’emergenza è ciò che l’organizzazione ivi istituita deve superare con la propria azione, consistente “nell’attuazione coordinata delle misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro, per ripristinare i servizi essenziali e per ridurre il rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, oltre che alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture pubbliche e private danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e dal patrimonio edilizio e all’avvio dell’attuazione delle conseguenti prime misure per fronteggiarli”: così recita l’art. 2, comma 7, d.lgs. n. 1 cit. Ripristino e conservazione della ‘normalità’, quindi, si contrappongono alla straordinarietà della situazione che si vuole contrastare, qualificata appunto come emergenziale.

Ai sensi del codice, ricorda la Corte, “è l’eventuale concentrazione della crisi su di una porzione specifica del territorio ad imporre il coinvolgimento delle autonomie quando, pur a fronte di simile localizzazione, l’emergenza assuma ugualmente “rilievo nazionale”, a causa della inadeguata «capacità di risposta operativa di Regioni ed enti locali» (sentenza n. 327 del 2003; in seguito, sulla necessità di acquisizione dell’intesa in tali casi, sentenza n. 246 del 2019)”: così il punto 8.1 del considerato in diritto, richiamando i precedenti indicati.

2. Emergenza e rischio: vecchie e nuove sfide per la gestione delle crisi

Spostata l’attenzione sulla crisi da fronteggiare, il punto è quello dell’attribuzione della gestione del rischio, e prima ancora delle decisioni da assumere sul *rischio*, le cui scelte non possono che essere accentrate o, se si preferisce, *unificate*, per esprimere al massimo la loro forza.

La competizione richiesta dalla fattispecie, in ragione della sua complessità, deve infatti concernere principalmente gli strumenti - modulabili in base alla specificità della situazione - , e non i soggetti [2]: le caratteristiche proprie del caso sul quale si deve intervenire, specie per il profilo dimensionale – ma non solo questo, in linea di principio – determinano già di per sé la riconducibilità al livello territoriale che possa adottare misure adeguate, per visione d’insieme, capacità tecnica, dotazione strumentale.

Lo stesso SSN combina bene i due sistemi, quello della *regionalizzazione*, ben corrispondente all'aziendalizzazione per la gestione 'ordinaria' – classificazione utilizzata non certo con l'intento di sminuirne la portata –, attenta al profilo produttivo e gestionale, e quello dell'*uniformità* di livelli prestazionali – i c.d. LEA, di competenza statale, non solo in considerazione della parità dei diritti che si intendono garantire ai cittadini, ma anche per razionalizzare e rafforzare l'intervento pubblico nel suo complesso.

La pandemia richiede una *strategia* prima delle prestazioni puntuali, e questa deve competere a un centro che dialoghi con le realtà territoriali e ne assuma al contempo la responsabilità – intesa prima di tutto come potere – delle scelte di indirizzo unitario.

Si tratta tra l'altro di decisioni che rispondono al fine ultimo della tutela della salute, a partire dall'evitare il diffondersi del pericolo connesso alla circolazione del virus, ma incidono anche su più settori funzionali, diversi da quello sanitario. Il fine della tutela della salute è in altri termini mediato da interventi strumentali che incidono direttamente su altri ambiti.

La legge regionale valdostana impugnata dal Governo, come già ricordato, ha infatti ad oggetto misure di contenimento della diffusione del *virus nelle* attività economiche e sociali del territorio. La normativa censurata, metodologicamente, consentiva tra l'altro una serie di **attività economiche**, purché nel rispetto di protocolli di sicurezza, discostandosi dalle più restrittive misure nazionali a vantaggio dell'impresa locale.

La Consulta ha ritenuto che la legge valdostana abbia invaso **la competenza esclusiva statale in materia di profilassi internazionale**, con pregiudizio dell'interesse pubblico e ai diritti delle persone (art. 117 c. 2 lett. q) Cost.).

Per quanto già evidenziato in precedenza, la decisione è pienamente condivisibile per quanto concerne la necessità di un indirizzo unitario a fronte dell'emergenza così estesa, e ciò anche sotto il profilo pratico della certezza del diritto e della credibilità delle istituzioni, caratteristiche già di per sé messe in discussione da scelte non sempre lineari e comprensibili, che di certo non avrebbero sopportato l'ulteriore difficoltà dovuta a 'zonizzazioni' anche ravvicinate non rispondenti a criteri univoci.

Il problema è che, in generale, l'enfasi dell'affermazione dell'autonomia territoriale come soluzione risolutiva rispetto a un sistema inefficiente da superare rischia di assegnare allo Stato un ruolo di mero interprete e coordinatore di altri 'centri'. Questi ultimi, sempre più destinati a esprimersi con decisioni autonome, portano a dimenticare che lo Stato ha una propria soggettività, legata a fini complessi ed espressione della sovranità che lo caratterizza, anche sul piano internazionale. Anche la tendenza alla negoziazione – pur in linea di principio garanzia di maggiore efficacia –, che permea la gran parte delle decisioni statali, come conseguenza di questa tendenziale parificazione tra livelli territoriali diversi, finisce per diventare occasione di 'annacquamento' delle responsabilità, depotenziando il ruolo di decisore anche quando l'attribuzione del potere è chiaramente ritenuta da Costituente e legislatore di dimensione sovra regionale.

Si avverte piuttosto la mancanza di una dimensione ancora superiore per la gestione della crisi: a livello mondiale si è visto come profili tecnici e politici confliggano, a livello europeo non si è raggiunta compiutamente una politica comune e si è scontata la lontananza dei

cittadini verso le istituzioni europee, che non esprimono quell'autorevolezza che può assicurare gli utenti dei servizi sanitari nazionali.

Questo quadro giustifica la spinta sussidiaria delle Regioni, questa volta non mosse tanto da una competizione - anche perché gli attori in partenza più 'forti', dotati dei requisiti per aspirare alla differenziazione costituzionale, sono stati i più colpiti - ma dalla volontà di colmare un vuoto avvertito, anticipando le in-decisioni statali, senza a loro volta riuscire a fornire risposte proporzionate alla crisi affrontata.

3. Crisi sanitaria e unità economica.

Spostata, come si è proposto all'inizio di queste note, l'attenzione dal conflitto tra soggetti dell'ordinamento, ne risente anche quella sugli strumenti adeguati allo scopo che si persegue. Non serve quindi, si ribadisce, la ricerca di inesistenti 'poteri speciali' ma di misure proporzionate all'eccezionalità della situazione.

Nel descrivere l'ordinamento sanitario, non circoscrivendo l'analisi all'emergenza dichiarata relativamente al contagio da Covid-19, come ricordato la migliore dottrina ha già avuto modo di evidenziare la rilevanza assunta dal fattore 'rischio', collegato sia alla società contemporanea che ne è caratterizzata, sia alla condizione di incertezza che ad esso si collega, risolubile solo attraverso un'adeguata procedimentalizzazione delle decisioni [3].

Lo spazio riservato al diritto amministrativo in ambito sanitario è quindi destinato ad aumentare, dando un rilievo sostanziale all'emergenza che non sempre trova nella scienza e nella tecnica medico sanitaria tutte le conoscenze valide a guidare le risposte in un'unica, incontrovertibile, direzione.

In questa prospettiva occorre però svolgere un'ulteriore riflessione.

Per meglio classificare gli interventi originati dall'emergenza sanitaria da Covid -19 occorre infatti distinguere tra norme dirette alla limitazione del contagio e quelle rivolte al ripristino - ristoro economico: il contrasto della pandemia soddisfa l'interesse sanitario, ma la ricaduta economica della pandemia muove strumenti di natura diversa da quelli riconducibili al potere sanitario quando nei provvedimenti di emergenza l'oggetto è l'attività economica e il suo sostegno.

Poco rileva infatti che la crisi sia determinata da catastrofi naturali, inefficienze del mercato, insufficienza energetica, emergenze sanitarie.

Le norme contingibili rivolte a regolare scuola, ristorazione, trasporti, esercizi commerciali, impianti sportivi ecc. incidono sul modo di erogazione dei relativi servizi, pubblici e privati, fino a imporre chiusure di alcune attività, inibite per la motivazione che la loro continuazione può favorire il diffondersi del contagio, in quanto occasione di aggregazioni.

Tra queste misure molte incidono direttamente sull'attività economica da esse considerata, o comunque producono un impatto importante sull'occupazione del settore di afferenza, con ripercussioni sul lavoro di intere categorie addette alle varie aree.

Questa situazione è riscontrabile nella l.r. Valle d'Aosta censurata dalla Corte costituzionale, disciplina la cui produzione di effetti è stata per la prima volta giudicata dalla Corte meritevole di utilizzo del potere cautelare ad essa assegnato dall'ordinamento *ex* art. 35 della legge 11 marzo 1953, n. 87, 'Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale', rendendo perciò ancora più interessante l'interpretazione data alla fattispecie dal Giudice delle leggi [4]

L'ordinanza della Corte del 14 gennaio 2021, n. 4 si basa sul presupposto che "la legge regionale impugnata disciplina la gestione regionale dell'emergenza epidemiologica indotta dalla diffusione del virus Covid-19", riconducendo quindi tutta la legge di cui si dispone la sospensione all'ambito sanitario, pur nello stesso contesto evidenziando che" con tale legge regionale la Regione ha, tra l'altro, selezionato attività sociali ed economiche il cui svolgimento è consentito, nel rispetto dei protocolli di sicurezza, anche in deroga a quanto contrariamente stabilito dalla normativa statale, recante misure di contrasto alla pandemia da Covid-19".

Nello specifico, la legge regionale di cui si sono sospesi gli effetti è stata ricondotta alle materie della *profilassi internazionale* (art. 117, secondo comma, lettera *q*, cost.), di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lettera *m*, cost.), oltre che a principi fondamentali della materia tutela della salute. Nella decisione del conflitto, tuttavia, come sopra anticipato la Corte decide di concentrarsi sull'appartenenza delle misure alla materia della profilassi internazionale, idonea a riassorbire ogni possibile interferenza e trasversalità in grado di aprire la strada a future rivendicazioni regionali, con un procedimento interpretativo analogo a quello che in ambito amministrativo consente di individuare l'interesse prevalente, e con esso l'amministrazione cui ne compete la cura.

Già in sede cautelare al Corte ha censurato il fatto che "l'intera legge regionale impugnata avrebbe ... dato luogo ad un meccanismo autonomo ed alternativo di gestione dell'emergenza sanitaria, 'cristallizzando con legge' una situazione che la normativa statale consente alle Regioni di gestire 'esclusivamente in via amministrativa' ", e "che tale assetto corrisponderebbe alla necessità di una *gestione unitaria della crisi*, di carattere internazionale, anche in ragione della allocazione delle funzioni amministrative, da parte del legislatore statale, secondo il principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.), e a seguito di una "parziale attrazione allo Stato": così si legge nella motivazione che accompagna l'ordine di sospensione degli effetti della legge valdostana.

Di certo il fattore tempo, che caratterizza l'emergenza, offre di per sé una rilevante giustificazione all'utilizzo della sospensiva, dato "che le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione". La tempestività delle misure da adottare, tuttavia, varrà anche ai fini di calibrare la ricordata cooperazione tra livelli territoriali, che ne sarà corrispondentemente condizionata: si torna così ad evidenziare la necessità che la decisione, per quanto auspicabilmente condivisa, debba comunque trovare una definizione unitaria.

Per inciso, si osserva che la stessa Corte, nella sentenza qui richiamata, ricorda che il principio di leale collaborazione “ non è applicabile alle procedure legislative, ove non imposto direttamente dalla Costituzione (*ex plurimis*, sentenza n. 233 del 2019)”, mentre questo principio è stato ora inserito nella l. n. 241 del 1990, tra i principi dell’azione amministrativa [5]: si adatta quindi alla fase gestionale e non a quella decisionale presupposta, di definizione dei fini e allocazione dei poteri necessari a conseguirli.

Il rischio torna quindi ad assumere una rilevanza autonoma, anche indipendente dall’ambito materiale nel quale emerge, per definire un intervento ad esso contrapposto, proporzionato al contesto sul quale deve produrre gli effetti voluti. Al quadro già delineato si aggiunga, incidentalmente, che la profilassi richiama un’attività propria della scienza medica, il cui contenuto non può essere rigidamente predeterminato dalla legge, in ciò tornato ad evidenziare la rilevanza della fattispecie concreta cui si intende dare risposta.

Del resto, anche dall’interpretazione data dalla Corte emerge la preoccupazione che l’invasione della competenza esclusiva statale possa recare “pregiudizio dell’interesse pubblico e ai diritti delle persone”, ritenuto grave e irreparabile in sede cautelare.

L’aggancio alla profilassi internazionale consente alla Corte di sancire la «uniformità anche nell’attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale», richiamandosi a proprie precedenti pronunce (*Corte Cost., sentenze nn. 5 del 2018; 270 del 2016, 173 del 2014, 406 del 2005 e 12 del 2004*).

Sin dall’istituzione del SSN la profilassi internazionale è riservata alla competenza statale, con chiara volontà di centralizzazione, così come la generale profilassi di malattie infettive e diffusive per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie, nonché le epidemie e le epizootie: cfr artt. 6, comma 1, lett. *a* e *b*, e 7 della l. n. 833 del 1978. Il successivo art. 7 prevede la mera delega alle Regioni delle funzioni amministrative relative alla seconda categoria di interventi sopra citata (art. 6, lett. *b* cit.), perciò di livello diverso da quello internazionale partitamente enunciato, cui la pandemia deve essere ascritta. La struttura del sistema sanitario, quindi, garantisce l’unicità del centro di imputazione per questi interventi, destinati a non essere suscettibili di frammentazione.

Per questa strada la Corte trova una soluzione forte per bloccare le possibili fughe ‘in ordine sparso’ da parte delle Regioni, quando finalizzate a vanificare il livello di garanzia adottato sull’intero territorio nazionale.

Altre considerazioni, tuttavia, possono portare ad analogo risultato, fornendo un utile contributo per future occasioni in cui sia posta in discussione l’attribuzione della competenza a fronte di situazioni che presentino un’analoga connotazione di straordinarietà ed emergenza.

L’obiettivo costituzionale dell’*unità economica* [6] giustifica l’individuazione di una competenza riequilibratrice di titolarità statale, destinata a integrare il ‘normale esercizio’ delle funzioni distribuite in base all’autonomia territoriale, incidendo – temporaneamente e proporzionalmente - sugli ambiti materiali in grado di condizionarne il conseguimento.

Una conferma di questa lettura si rinviene nell’art. 119 cost., comma 5, in cui si sancisce il potere statale di intervento straordinario “per promuovere lo sviluppo economico, la

coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni”.

Considerata la finalità garantistica della disposizione, se ne può trarre un principio interpretativo di base che, quanto all'impatto sull'economia e sui diritti della persona, costituisce una base solida per giustificare la riconducibilità allo Stato di 'interventi speciali', non necessariamente di solo contenuto finanziario, come richiesto dall'emergenza determinata dalla pandemia da Sars – Covid 19. La straordinarietà della situazione non altera in modo permanente l'assetto delle competenze, anzi per quanto possibile confermato a garanzia della continuità delle funzioni pubbliche 'ordinarie', compatibili con la gestione dell'emergenza sanitaria che, già di fatto, le condiziona.

Così come la corretta determinazione dei 'LEA' contemplata nell'art. 117, comma 2 lett. m) Cost. non si deve esaurire nella definizione del finanziamento necessario a garantirli, con lo stesso criterio argomentativo si può ritenere che il sostegno finanziario dei medesimi interventi contemplato dall'art. 119 cit. non esaurisca l'ambito della sfera riservata allo Stato.

L'unità economica richiamata dalla Costituzione è così più sistematicamente da intendere riferita non al solo piano della finanza pubblica – specie a sostegno del potere di controllo esterno ad essa ricondotto: cfr., ad esempio, l'uso dello stesso parametro in Corte cost., 6 marzo 2014, n. 39 – ma, ben più ampiamente, la sua affermazione travalica il rapporto tra livelli territoriali, coinvolgendo necessariamente l'insieme delle realtà economiche che determinano la ricchezza del Paese, rafforzando la possibilità di centralizzazione, alla bisogna, sulla base di un ragionamento analogo a quello sottostante la tutela della concorrenza, anch'essa riservata allo Stato ex art. 117, comma 2, lett. e).

Questo orientamento è tanto più valido per gli interventi del prossimo futuro, pianificati fino al 2026 sulla base del Piano nazionale di ripresa e resilienza, c.d. recovery plan: rafforzato dalla circostanza che le risorse di cui si dispone l'utilizzo sono di provenienza europea. Il primo comma aggiunto all'art. 97 cost dalla l. cost. n. 1 del 2012 diventa perciò principio guida per l'azione amministrativa di attuazione del piano: “le P.a., in coerenza con l'ordinamento dell'UE, assicurano l'equilibrio dei bilanci la sostenibilità del debito pubblico”, disposizione dalla quale emerge con evidenza la necessità della visione unitaria e sistematica degli interventi previsti, sempre senza incidere sull'autonomia organizzativa dei soggetti coinvolti, a uniformità di risultato garantita.

4. *Segue. Specificità del contesto e potere di decisione.*

Un altro precedente interessante per la lettura proposta, che combina misure straordinarie a tutela della salute con il connesso profilo economico, è quello affrontato dalla Corte con sentenza 13 gennaio 2004, n. 12, decisione che vede i contendenti ancora una volta parti inverse rispetto alla controversia decisa con la sent. n. 37 del 2021.

La fattispecie giudicata, anch'essa riferibile alla materia profilassi internazionale, volta al contrasto della pandemia determinata dalla così detta 'mucca pazza', ha infatti portato la Corte a sottolineare che “l'attribuzione a livello centrale di funzioni amministrative, quali la predisposizione di interventi per la protezione dall'influenza e la gestione di un apposito

‘fondo per l'emergenza *‘blue tongue’*, trova giustificazione in esigenze di carattere unitario e, specificamente, nel principio di adeguatezza. Il coordinamento degli interventi economici e sanitari si rende infatti necessario proprio tenendo conto della diffusività della malattia, che travalica i confini territoriali delle Regioni e addirittura degli Stati’ (corsivo aggiunto).

Il richiamo all'adeguatezza, pur sancito dall'art. 118 cost. con riferimento al riparto della distribuzione della funzione amministrativa, condiziona il suo presupposto legislativo che deve garantire il risultato perseguito, e perciò a sua volta trovare allocazione là dove questo obiettivo unitario sia disponibile.

In linea generale, occorre inoltre considerare che la pandemia non consente di individuare un modello di ‘bacino ottimale’ per adeguare gli interventi necessari per un efficace contrasto alla sua diffusione.

L'organizzazione territoriale non può che avvenire sulla base di una differenziazione riferita alla variazione delle situazioni (sanitarie, nella specie) localmente rilevate, delineando una graduazione delle misure che comunque richiede omogeneità in corrispondenza delle tipologie di zone classificate in base a parametri univoci, tecnicamente definiti.

Punto centrale della questione, a parere di chi scrive e come già esposto, è quello che ruota attorno alla considerazione del *rischio*, diffuso in corrispondenza con la pandemia, e alla sua riconduzione ad unità.

Si tratta di un tema ricorrente nel recente periodo, e che finisce per condurre, in sostanza, al fondamento del potere di assumere *decisioni* e dell'assunzione della relativa responsabilità. Proprio l'ambito degli interventi pubblici in materia di sanità rappresenta il contesto in cui tale fattore si avverte con particolare evidenza: sin dalle prime leggi di unificazione, la l. 20 marzo 1865, n. 2248 allegato C dedicato alla sanità pubblica, tracciava infatti le prime disposizioni per l'amministrazione della salute contemplando le misure per gli interventi emergenziali volti a fronteggiare il *rischio sanitario* [7].

Ciò è tanto più importante in quanto il fine della tutela della salute – che risponde chiaramente a livelli uniformi quanto alle prestazioni definite essenziali – si intreccia, e spesso si attua, attraverso interventi che incidono direttamente sulla vita della società. Si considerino in particolare la circolazione personale e l'iniziativa economica, principali ambiti sui quali incidono le misure di restrizione che mirano al contenimento del contagio. Entrambe sancite in Costituzione, pur con le differenze dovute anche alla collocazione delle due norme - artt. 16 e 41 -, che rispettivamente le sanciscono, tanto la libertà di circolazione, tanto quella economica nascono già con limitazioni interne, dirette infatti alla *garanzia di sicurezza* che il loro esercizio non deve contrastare.

Quella stessa sicurezza che, richiamata dal ‘nuovo’ testo dell'art. 120 cost., pone espressamente tra le ragioni che legittimano l'intervento sostitutivo del Governo sugli organi delle autonomie territoriali che non ne abbiano assicurato la garanzia. Lo Stato, quindi, è garante della sicurezza pubblica, cui, a legittimazione dello stesso potere sostitutivo, sempre nel testo dell'art. 120 Cost. comma 2 si aggiungono incolumità pubblica, “la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e locali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali”, oltre al rispetto di trattati e norme internazionali e ‘comunitarie’. La vicenda determinata dal

contagio da Sars-Covid 19 è perfettamente riconducibile a questo quadro sostanziale, riferito a ipotesi in cui la competenza dei governi locali sia in linea di principio riconosciuta dall'ordinamento, condizione qui esclusa dalla Corte.

L'art. 120, in definitiva, modifica radicalmente il criterio di soluzione dei conflitti tra Stato e Regioni, 'depoliticizzandolo' rispetto al precedente coinvolgimento risolutivo del Parlamento, ma in sostanza si può ritenere che la norma vigente declini coi parametri indicati quello che nel vecchio testo dell'art. 127 era espresso dal 'contrasto di interessi'.

Il richiamo implicito all'interesse nazionale, in definitiva, resta sempre valido, in una versione profondamente rivisitata e compatibile con il disegno autonomistico vigente^[8]. La situazione straordinaria che l'ordinamento sta affrontando offre quindi nuovi spunti di interpretazione destinati a ridefinire i ruoli dei diversi livelli territoriali oltre l'emergenza.

5. Considerazioni conclusive. Ampiezza degli interessi e sistema sanitario nazionale.

Infine, un'interessante annotazione.

A volte il tempo, e i numeri, sono davvero sorprendenti: esattamente trenta anni fa, nel 1991, una sentenza con lo stesso numero di quella attualmente in discussione, affrontava una vicenda ben distinta rispetto a quella attuale ma con rilevanti similitudini, concernente un conflitto a parti inverse, cioè nella fattispecie Province autonome e Regione Lombardia contro lo Stato.

La pronuncia del 31 gennaio 1991, n. 37, riguarda anch'essa un intervento in ambito sanitario, e precisamente la lotta contro l'AIDS.

Nel caso si trattava dell'impugnazione di alcuni articoli della l. 5 giugno 1990 n. 135, atto con il quale si è prevista l'attuazione di numerosi interventi finalizzati "allo scopo di contrastare la diffusione dell'infezione da HIV mediante le attività di prevenzione e di assicurare idonea assistenza alle persone affette da tale patologia" (art. 1 comma 1), l. n. 135 cit. Si è trattato, tra l'altro, di sindacare la legittimità costituzionale di norme che sanciscono la competenza dello Stato a sostituirsi agli enti territoriali inattivi e la definizione di un programma di interventi da attuare sulla base di un piano ministeriale.

La Corte costituzionale, nel dichiarare la non fondatezza delle eccezioni allora sottoposte, ha espresso alcune considerazioni che, con un'operazione di 'taglia – incolla', potrebbero essere riportate a soluzione del caso attuale, anche a prescindere dalla intervenuta revisione costituzionale del Titolo V e del nuovo assetto delle competenze e dei rapporti tra Stato e autonomie.

Si afferma infatti nel punto 3 del considerato in diritto: "Prima di prendere in esame le specifiche questioni proposte, occorre, in una prospettiva di carattere generale e complessiva, osservare che la legge impugnata si presenta effettivamente, come risulta anche dai lavori preparatori, come intesa a dare *una prima risposta seria e non frammentaria all'eccezionale situazione di emergenza sociale determinata dalla allarmante diffusione dell'infezione da HIV, patologia nuova e gravissima in espansione a livello non solo nazionale, ma mondiale, e ciò tenendo conto anche delle numerose*

iniziative esistenti in campo internazionale: si può ben dire dunque che tale legge vuole perseguire un interesse non frazionabile, ma concernente l'intera collettività nazionale e che richiede, per essere soddisfatto, misure e interventi di dimensioni corrispondenti. Inoltre, si tratta di un interesse che si presenta come particolarmente stringente e imperativo, essendo connesso alla indilazionabile necessità di contrastare, con mezzi adeguati, gli effetti eccezionali di un fenomeno morboso devastante, nell'intento di fornire uno standard minimo irrinunciabile di garanzia, in condizioni di eguaglianza in tutto il territorio della Repubblica, ad un valore, la salute, che, protetto dalla Costituzione come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività (art. 32), è stato costantemente riconosciuto come primario da questa Corte sia per la sua inerenza alla persona umana sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di stato sociale disegnata dalla Costituzione (v. spec., tra le tante, le sentt. nn. 455 del 1990; 324 del 1989; 1011 del 1988; 294 e 177 del 1986). *Il perseguimento di un interesse siffatto, secondo la giurisprudenza di questa Corte, giustifica in principio la compressione da parte del legislatore statale di ogni tipo di competenza regionale o provinciale, e ciò anche con interventi di dettaglio, purché si tratti di misure necessarie e proporzionate rispetto alla realizzazione dell'interesse medesimo* (v. spec., sentt. nn. 177 e 217 del 1988; 399 e 459 del 1989; 21 del 1991). *Naturalmente, ciò non implica necessariamente che le provvidenze regionali o provinciali debbano essere comunque escluse, ma, al contrario, consente che esse siano fatte salve ove siano compatibili con le modalità e gli scopi dell'intervento nazionale e possano essere adeguatamente coordinate e utilizzate al medesimo fine*" [9]: il corsivo è di chi scrive.

Molte e varie cose nel contesto sono cambiate rispetto a quello vigente al tempo della richiamata pronuncia, sia in conseguenza della dichiarazione della pandemia, sia in considerazione del nuovo assetto organizzativo che ha coinvolto i livelli territoriali competenti - dalla istituzione dell'UE alla revisione costituzionale e relative norme attuative -, senza considerare le riforme di settore che hanno toccato il SSN.

Quello che resta fermo, tuttavia, è il principio dell'unità della Repubblica che, per la prima volta in stato di assedio da parte di un nemico quanto mai potente e insidioso, deve saper garantire salute, benessere e sicurezza all'intera Nazione.

L'impressione che si ricava dalla lettura delle vicende che hanno attraversato in questi anni l'analisi sul SSN è che l'attenzione degli attori e degli interpreti sia stata concentrata su alcuni profili, di indubbia rilevanza— distinzione tra politica e amministrazione, personale, finanziamento tra i primi, nonché estensione delle competenze regionali — lasciando un po' sullo sfondo il ruolo da riservare allo Stato.

L'esigenza di riconsiderare prioritariamente le attribuzioni statali, e non necessariamente in prospettiva relazionale con gli altri enti territoriali coinvolti nel SSN, pare emergere proprio in questo periodo, non per la straordinarietà della situazione da affrontare in sé ma perché la carenza di coordinamento da un lato e ancor più l'assenza di un centro decisionale unitario, con funzioni di guida del sistema per quella parte che, in ragione dell'unità di identificazione, non può essere frazionabile. Certo, in pratica il ragionamento richiesto può sembrare analogo, solo in ordine rovesciato rispetto a quanto svolto per costruire il quadro regionale: il fatto stesso che si sia proceduto ad una revisione costituzionale quale quella che ha riguardato il Titolo V dimostra il contrario, cioè la non indifferenza del punto di prospettiva assunto, e della conseguente individuazione di chi svolga un ruolo residuale rispetto ad altri. In questo senso però si è riproposto lo stesso modello incentrato unicamente sul criterio della competenza per materia, ritenendo che l'ampiamiento — apparente — della gamma spettante 'di norma' alle Regioni, abbia disegnato un modello di Repubblica diverso da quello

originario. Analogo ragionamento, questa volta senza il ricorso alla elencazione di materie, si può fare considerando l'impostazione alla base dell'abbandono del principio del parallelismo che orientava le funzioni amministrative nel previgente modello, ora superato dai criteri della sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione che paiono più adatti a regolare l'esercizio concreto della funzione stessa piuttosto che la sua titolarità, di cui si accetta la variabilità geometrica. Un'indicazione in questo senso, si ritiene, trova sostegno nella lettura della relazione annuale del Presidente della Corte Costituzionale relativa al 2020, in cui si afferma che "La peculiarità di un servizio sanitario nazionale ma a gestione regionale richiede un esercizio forte, da parte dello Stato, del potere di coordinamento e di correzione delle inefficienze regionali: un esercizio inadeguato di questo potere non solo comporta rischi di disomogeneità ma può ledere gli stessi livelli essenziali delle prestazioni, sul cui rispetto, anche nel 2020, la Corte si è più volte soffermata"

Quello appena riportato è uno dei passaggi della Relazione del Presidente Giancarlo Coraggio sull'attività della Corte costituzionale nel 2020 [10]. La relazione richiamata fa espresso riferimento al caso considerato in questo breve studio, rilevando che "questo problema di fondo si è riproposto nel contesto attuale, pure caratterizzato dalla competenza esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale, competenza che avrebbe dovuto garantire quell'unitarietà di azione e di disciplina che la dimensione nazionale dell'emergenza imponeva e tutt'ora impone". È quindi il ruolo dello Stato nel suo complesso a essere considerato, presupposto necessario per delineare correttamente il rapporto con le Regioni, nel pieno rispetto dell'autonomia a esse riconosciuta, non essendo sufficiente un'interpretazione basata sulla ricerca dei confini della materia, anche quando essa consenta di escludere spazi al legislatore regionale come ritenuto nella fattispecie qui richiamata.

L'ipotesi più probabile è quella secondo al quale la complessità della società contemporanea, cui deve corrispondere un ordinamento giuridico adeguato, non consente più, almeno nella totalità dei casi, la definizione di ambiti di intervento che, per quanto ridisegnati, non si allontanano dal modello originario delle competenze per 'fette di torta', nonostante i tentativi di ricondurre a rete il quadro complessivo.

L'alternativa non è semplice, e passa scontatamente attraverso una semplificazione del quadro legislativo – che rischia invece l'aggravamento col doppio livello di competenze -, un rafforzamento degli atti che delineano gli obiettivi da perseguire in un ambito temporale ragionevole e finanziamenti proporzionati, la definizione di modelli coordinati e appositamente strutturati per far fronte a crisi e agire direttamente sul rischio, una collaborazione sia tra livelli territoriali sia tra pubblico e privato che renda chiare e predefinite le reciproche responsabilità. Molto altro resta all'autonomia di tutti i soggetti coinvolti nella gestione della tutela della salute: si pensi all'autonomia organizzativa e a quella negoziale delle strutture, che comprende anche la considerazione delle aspettative dei destinatari del servizio, il cui grado di soddisfazione deve restare il principale parametro di valutazione nelle decisioni che condizionano il funzionamento del Servizio sanitario nazionale.

[1] V. ampiamente gli studi raccolti in AA. VV., *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, Napoli, 2018 e bibliografia ivi citata; v. anche L. D'Andrea, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel*

sistema costituzionale, in AA. VV., *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del Convegno annuale 2011 dell'Associazione "Gruppo di Pisa", a cura di M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Torino, 2011, p. 305 ss.

[2] V. le interessanti considerazioni di M.A. Sandulli, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione*, in www.cortisupremesalute.it, evidenziando la tendenziale abdicazione del legislatore statale ad assumere il ruolo decisivo che gli compete

[3] V. ampiamente R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2020, *passim*, spec. pp. 13 e ss., pp. 324 e ss., e bibliografia ivi citata, specie in riferimento al concetto di "società del rischio".

[4] V. il commento di E. Lamarque, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale. Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4*, in *Giustizia insieme*, 2021.

[5] Ai sensi dell'art. 1, comma 2 bis della l. n. 241 cit., introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), l. n. 120 del 2020, "I rapporti tra cittadini e P.a., sono improntati ai principi di collaborazione e buona fede". Non è in dubbio che la norma in questione valga a escludere la responsabilità decisionale della P.a. agente, parificandola al destinatario della stessa: si tratta evidentemente di indicare e incentivare una modalità di azione che non incide sull'assetto delle competenze ad esercitare funzioni pubbliche.

[6] V. sul tema M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in AA. VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Annuario AIC 2011, Napoli, 2014, 3 ss.

[7] Sul tema v. M. P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 142 e in *Riv.it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1, 1 ss.; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, cit.

Per una definizione del 'rischio sanitario' in una prospettiva differenziata si veda il sito della protezione civile, ove si legge: "Il rischio sanitario è sempre conseguente ad altri rischi o calamità, tanto da esser definito come un rischio di secondo grado. Il fattore rischio sanitario si può considerare come una variabile qualitativa che esprime la potenzialità che un elemento esterno possa causare un danno alla salute della popolazione. La probabilità che questo possa accadere dà la misura del rischio, cioè dell'effetto che potrebbe causare. Questo tipo di rischio può essere: - antropico, se provocato dalle attività umane come incidenti industriali, attività industriali e agricole, trasporti, rifiuti; - naturale, se provocato da eventi naturali come terremoti, vulcani, frane, alluvioni, maremoti, tempeste di sabbia. Le variabili antropiche che comportano un rischio sanitario possono incidere sulla salute umana provocando danni o effetti sia temporanei, sia permanenti. Queste variabili possono essere di natura: biologica come batteri, virus, pollini, ogm; chimica come amianto, benzene, metalli pesanti, diossine; fisica come radiazioni UV, radiazioni ionizzanti, rumori, temperature troppo basse o troppo alte. Le variabili naturali rientrano invece in tutte le tipologie di calamità naturali come terremoti, eruzioni vulcaniche, tsunami, frane, alluvioni o altri fenomeni, sempre di tipo naturale": tratto da <http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-sanitario/descrizione>.

Con un rinvio generale alla ormai copiosa letteratura sul più ampio tema del principio di precauzione, ai fini del presente studio per la dottrina si rinvia anche, ampiamente, ad A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, in cui l'Autore rileva sin dall'inizio del suo studio come la precauzione "s'iscrive in una logica nettamente diversa da quella della prevenzione: quella dell'amministrazione di rischio": op cit., p. 25.

[8] Tema amplissimo, eccedente le presenti note: v. le riflessioni di B. Caravita di Toritto, *In tema di 'interesse nazionale' e riforme istituzionali*, in *Federalismi*, Editoriale n. 6/2003, che analizza la posizione della Corte costituzionale all'entrata in vigore della revisione costituzionale.

[9] Il corsivo è di chi scrive. La Corte, in conclusione del punto in diritto qui citato, afferma inoltre che "Tutto ciò premesso, si deve riconoscere che la legge impugnata effettivamente incide nei diversi settori che le Province autonome e la Regione Lombardia rispettivamente rivendicano come attribuiti a vario titolo alla propria competenza, non potendo accedersi — dati i molteplici aspetti della normativa in esame — alla tesi dell'Avvocatura dello Stato che vorrebbe ricomprenderne l'oggetto nell'angusto e inappropriato ambito delle « epidemie », peraltro sottratto alle sole Regioni ordinarie (art. 6 comma 1 lett. b), l. n. 833 del 1978), ma non, come risulta dalle relative norme di attuazione statutaria, alle Province autonome. Tuttavia, tale riconoscimento non può per sé solo indurre a concludere per l'illegittimità delle norme impuginate, dovendo ancora verificarsi, secondo i ricordati criteri di giudizio, se le singole misure adottate siano tali, nel loro contenuto e modalità di realizzazione, da collegarsi o meno effettivamente e ragionevolmente con le esigenze unitarie sopra descritte". Come detto, il giudizio della Corte si è espresso nel senso della non fondatezza delle eccezioni rilevate dalle ricorrenti. Anche in questo caso le considerazioni svolte in quella fattispecie presentano una significativa adattabilità con il problema giuridico affrontato tre decenni dopo.

19 maggio 2021

[10] Citazione tratta dalla Relazione tenuta il 13 maggio 2021, consultabile in [https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/paginePresidente/relazione annuale.do](https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/paginePresidente/relazione%20annuale.do). Si nota come il brano riportato sia anche quello selezionato sul sito della Corte come *abstract*, ritenuto quindi particolarmente rappresentativo per testimoniare l'attività annuale del Giudice delle leggi.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1602 – 8 marzo 2021

Concessioni affidate alle società *in house*: una *contradictio in adjecto*

di Guido Greco

1. Si legge sovente in giurisprudenza che “*l’affidamento in house costituisce modalità ordinaria e nient’affatto eccezionale della concessione di servizi*”^[1]. Del resto anche la Direttiva 2014/23/UE, in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione, statuisce che una concessione aggiudicata ad una società *in house* (ivi indicata non nominativamente, ma per i requisiti che questa deve rivestire) “*non rientra nell’ambito di applicazione della presente direttiva*”: così confermando che sussiste compatibilità tra l’istituto della concessione e quello dell’*in house*, anche se la disciplina concernente il relativo affidamento fuoriesce dal campo di applicazione della Direttiva.

Non dissimile è anche il tenore dell’art. 5 del nostro Codice dei contratti pubblici, che statuisce che “*una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell’ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni*”, che sono poi le condizioni perché si possa riconoscere a detta persona giuridica il carattere dell’*in house*. Sicché con tale soggetto può essere indifferentemente stipulato un contratto di appalto o di concessione.

Tuttavia tale acquisizione fa insorgere più di una perplessità, almeno per quel che concerne le c.d. concessioni *in house*. Infatti, per quanto si possa concepire una dissociazione tra forma e sostanza (sul punto si tornerà di qui a poco), un trattamento differenziato di tali aspetti può essere assecondato finché peraltro non vengano intrinsecamente a confliggere.

Scopo delle presenti note è un approfondimento del tema, appena accennato. Non senza prima ricordare che i contratti di concessione dovrebbero concorrere “*al miglioramento della*

concorrenza in seno al mercato interno” e dovrebbero consentire “di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione” (Direttiva 2014/23/UE, considerando 3). Obiettivi, questi, incompatibili con l'*in house*, che di per sé preclude in radice anche l'utilizzazione di investimenti privati: con la conseguenza che viene a mancare una caratteristica tradizionalmente tipica della concessione di costruzione e gestione o della concessione di servizi, soprattutto nel caso in cui si tratta di concessione che si inquadra nel più ampio contesto di un *project financing*.

2. Come si ricorderà l'istituto dell'*in house* è di origine giurisprudenziale (della Corte di giustizia) ed è stato concepito per escludere dal regime di affidamento dei contratti pubblici quei contratti intercorrenti tra un'amministrazione aggiudicatrice (o un ente aggiudicatore) ed una propria società, avente le caratteristiche di essere estremamente dipendente dalla prima (o dal primo), quanto a proprietà delle quote o delle azioni, quanto al controllo e alla destinazione dell'attività. Infatti, sin dalla prima sentenza in argomento, si ha affidamento *in house* “nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale esercita sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano”[2].

Si è infatti argomentato che, in presenza di tali condizioni, non sussiste una vera e propria distinzione (sostanziale) tra soggetto affidante e soggetto affidatario e, dunque, neppure quella composizione degli interessi tra soggetti diversi, che sta alla base del contratto. Mancando, dunque, un vero e proprio contratto (sempre secondo una visione sostanzialistica del fenomeno), mancherebbe anche il presupposto per l'applicazione della disciplina comunitaria e unionale dei contratti pubblici e si può pertanto procedere con l'affidamento diretto, senza gara.

Si tratta, dunque, come si è accennato di un caso particolarmente rilevante di dissociazione tra forma (pluralità di soggetti) e sostanza (immedesimazione di un soggetto nell'altro). E tale dissociazione consente un trattamento diverso del fenomeno, a seconda che lo si consideri sotto il primo profilo o il secondo, come è confermato anche dalla disciplina positiva come si vedrà.

La società *in house* è espressione della c.d. *libertà di autoproduzione* e cioè della “libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi”[3]. Il che non significa che si tratti di libertà assoluta, almeno per le singole autorità pubblica. Tant'è che, ad esempio, in Italia (ma lo stesso vale per altri Stati membri[4]) la scelta dell'*in house* è assoggettata a precise condizioni, sia nella fase di costituzione di una società di tal fatta (art. 5, D. Lgs. 175/2016), sia all'atto dell'affidamento ad essa del singolo servizio (art. 192, c. 2, D. Lgs. n. 50/2016, a sua volta richiamato dall'art. 16, u. c., D. Lgs. 175/2016, nonché art. 34, c. 20, d.l.179/2012).

Si tratta essenzialmente dei casi in cui il ricorso al mercato non è possibile o non è idoneo a far fronte alle esigenze del singolo servizio -c.d. fallimento del mercato-, mentre una maggiore convenienza economica, sostenibilità finanziaria e vantaggi per i cittadini presenta la scelta dell'autoproduzione). Infatti, “l'opzione di fondo dovrebbe essere nel senso che, fermo restando specifiche prescrizioni imposte dal diritto europeo, la decisione di non esternalizzare l'attività deve essere rigorosamente motivata dimostrando che la scelta organizzativa interna si risolve in un maggior vantaggio per i cittadini”[5].

Ciò non significa sminuire l'importanza della società *in house*, quale modulo organizzativo che può rivelarsi molto efficace (come spesso è accaduto), soprattutto nella gestione dei pubblici servizi. Significa soltanto che la sua istituzione e i relativi affidamenti devono risultare davvero necessari per supplire alle carenze del mercato e non frutto di una scelta essenzialmente politica, diretta a creare, *ceteris paribus*, un'ennesima struttura a disposizione degli organi di governo dei singoli enti.

La disciplina nazionale, che pone precisi paletti al ricorso all'*in house*, è stata giudicata costituzionalmente legittima[6] e non in contrasto col diritto dell'Unione[7]. Infatti, sul versante nazionale è stata riconosciuta la coerenza con gli interessi costituzionalmente protetti della trasparenza e della concorrenza (ma, aggiungerei, con il principio di sussidiarietà orizzontale[8], che preclude interventi pubblici -e anche la creazione di moduli organizzativi pubblici- là dove è possibile ricorrere all'iniziativa dei privati). Sul versante dell'Unione è stata riconosciuta la libertà degli Stati membri di scegliere il modo di gestione ritenuto più appropriato[9].

A quest'ultimo proposito la Corte di giustizia ha parlato di “*un'operazione interna, denominata anche «contratto in house»*”, la cui conclusione è subordinata “*all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna*”[10]. Ma può un rapporto concessorio essere racchiuso in un'operazione meramente interna dell'ente pubblico?

3. Una volta costituita, la società *in house* presenta profili fortemente problematici sotto molteplici aspetti, sia dal punto di vista pubblicistico/organizzatorio, sia dal punto di vista privatistico/societario.

Sotto il primo profilo si è parlato, ad esempio, di società-organo e di delegazione interorganica, per rappresentare l'attenuazione della intersoggettività tra soggetti pur formalmente diversi, ma di cui l'uno sarebbe il braccio operativo dell'altro. Ma si tratta di qualificazioni non del tutto appaganti.

La società *in house* è pur sempre una persona giuridica e dunque un centro di imputazione di rapporti giuridici, con capacità giuridica e con capacità d'agire propria, sia pure con talune limitazioni, previste dalla disciplina di settore. Dunque non si può parlare di “organo” dell'ente pubblico (o degli enti pubblici) di appartenenza, perché l'organo (almeno nella concezione più rigorosa del termine) imputa all'ente gli atti e gli effetti della propria azione, mentre la società *in house* imputa tutto a se stessa e non può produrre conseguenze giuridiche dirette in capo all'ente o agli enti proprietari.

Espressione massima della alterità tra la società e l'ente proprietario è data dalla possibilità che sorga una controversia tra detti soggetti e che la stessa sia portata alla attenzione del Giudice, come non di rado è successo, almeno in passato. Del resto il consiglio di amministrazione della società *in house* ha pur sempre il dovere di salvaguardarne il patrimonio anche contro le eventuali inadempienze del suo socio unico e proprietario.

Anche dal punto di vista societario l'istituto è apparso fortemente *border line*[11]. Come è dimostrato “*dalla totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico, titolare della partecipazione societaria*”[12]. E anche se tale assoggettamento non appare assoluto -per quanto più sopra

riferito- è chiaro che si tratta pur sempre di un fenomeno ben diverso dal potere di indirizzo e coordinamento, spettante alla capogruppo di un gruppo societario, e più in generale una notevole attenuazione della soggettività della società, tale da non poter riconoscere in essa “*un centro di interessi davvero distinto dall’ente pubblico che la ha costituita e per il quale essa opera*”[13].

Espressione tangibile di tale semisoggettività - e dell’ambiguità di disciplina che essa comporta - è data, tra l’altro, dalla circostanza che la società *in house* è, da un lato, soggetta, almeno secondo l’opinione prevalente, al fallimento[14]. Ma, d’altro lato, è soggetta, come un soggetto pubblico, alla giurisdizione della Corte dei conti per il danno causato dai suoi amministratori e dipendenti (art. 12, c.1, D.Lgs. 175/2016).

L’assoggettamento al fallimento è espressione della natura privatistica della società, come tale sottoposta al regime (anche) codicistico dell’insolvenza, tipico delle società di capitale. L’assoggettamento degli amministratori alla giurisdizione della Corte dei conti è viceversa espressione del carattere pubblico del capitale sociale, costituito esclusivamente dai versamenti operati dall’ente pubblico-socio totalitario o dagli enti pubblici-soci, titolari (salve talune eccezioni marginali) dell’intero capitale sociale.

Sicché si può dire - conformemente del resto alla genesi dell’istituto - che la società *in house* è formalmente distinto dall’ente proprietario e, sempre formalmente, ha una propria soggettività, con le conseguenze di regime, che si sono tratteggiate, e con l’applicazione residuale della disciplina del codice civile (art. 1, c. 3, D. Lgs. 175/2016). Dal punto di vista sostanziale è una mera struttura dell’ente pubblico proprietario (organo, in senso lato), rispetto al quale sussistono vari aspetti di immedesimazione.

4. Tutto ciò non è stato mai apprezzato, a quanto consta, dal punto di vista della tipologia dei contratti che possono intercorrere tra amministrazione proprietaria (operante un controllo analogo a quello esercitato nei confronti dei propri uffici) e società *in house*. Una volta acquisito che in proposito si può parlare di contratto solo sotto il profilo formale e non sostanziale, è parso consequenziale ritenere che, dal punto di vista, appunto, formale, l’affidamento può riguardare qualunque tipo di contratto: dunque, per quel che qui rileva, sia un contratto che “oggettivamente” sia inquadrabile nello schema dell’appalto o sia quello che presenta le prestazioni tipiche della concessione.

Il che poteva essere accettato finché la nozione di appalto e di concessione fosse rimasta quella originaria. Gli appalti, come “*contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi ad oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*”[15]. Le concessioni di lavori o di servizi, come “*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di lavori [o di servizi] ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori [o dei servizi] consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera [o i servizi], o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”[16].

In tale contesto, ferma la peculiarità del rapporto (di quasi immedesimazione) tra i due soggetti “contraenti”, nulla impediva che dal punto di vista dell’oggetto “contrattuale” l’affidamento *in house* potesse presentare, indifferentemente, i caratteri dell’appalto o della concessione. Infatti, nulla impedisce di concepire di affidare ad un proprio organismo (formalmente distinto, ma sostanzialmente compenetrato) i compiti tipici dell’appalto o della concessione (basta ricordare l’esperienza delle aziende municipalizzate, costituenti organo

dell'ente territoriale, prima della relativa trasformazione in aziende speciali, come tali dotate di personalità giuridica).

Ma tale indifferenza non pare che possa essere riconosciuta anche nell'attuale assetto definitorio della concessione.

5. Come è noto, infatti, l'attuale nozione della concessione di lavori o di servizi, da un lato ricalca quella tradizionale sopra richiamata, ma d'altro lato precisa che “*l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi*”, con la conseguenza che “*non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi*” (art. 5, punto 1, c. 2, Direttiva 2014/23/UE). Analoga è la definizione della concessione dei lavori e della concessione di servizi contenuta nel nostro Codice dei contratti pubblici, che all'art. 3, punti *uu* e *vv*, aggiunge alle nozioni note la precisazione “*con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere (o dei servizi)*”.

Non si tratta di innovazione vera e propria, dato che da tempo la giurisprudenza della Corte aveva individuato l'assunzione del rischio operativo, come una caratteristica della concessione^[17]. Ma sembrava trattarsi di una conseguenza naturale della gestione dell'opera o del servizio, mentre il suo inserimento nell'ambito definitorio dell'istituto fa sì che esso assuma una precisa (o più spiccata) valenza selettiva tra la concessione e l'appalto: nel senso che un contratto avente per corrispettivo dell'opera o del servizio unicamente il diritto della gestione dell'opera o del servizio (con o senza la previsione di un ulteriore “prezzo”) dovrebbe essere definito come appalto, in mancanza del trasferimento del rischio operativo^[18].

Data dunque l'importanza preminente (ai fini della distinzione tra appalti e concessioni) del trasferimento del rischio operativo, occorre chiedersi se una tale vicenda è concepibile nel caso di (e compatibile con l') affidamento *in house*. Ovvero, detta altrimenti, se nell'affidamento *in house* è possibile (non già soltanto l'affidamento dell'opera o del servizio, col diritto alla relativa gestione, ma anche) la traslazione del rischio operativo tra l'ente pubblico proprietario (da solo o con altri enti pubblici) della società e la società medesima.

A me pare che la risposta debba essere negativa.

Nell'affidamento *in house* l'ente pubblico non si spoglia affatto del rischio operativo, per la stessa ragione per la quale non vi è esternalizzazione nella gestione dell'opera o del servizio. In altri termini, l'ente proprietario non trasla a terzi detto rischio, dato che lo stesso rimane in capo alla società *in house*, che ne risponde col proprio capitale sociale e, dunque, con gli investimenti finanziari dell'ente pubblico stesso: infatti, come è stato giudicato “*la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità*”^[19] (da qui, come si è visto, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti delle questioni di responsabilità dei relativi amministratori).

Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia riconosce il carattere “pubblico” del patrimonio e delle risorse messe a disposizione di una società di tal fatta. E, così, in un recente caso di impresa pubblica, il cui capitale era detenuto quasi al 100% da autorità pubbliche e i cui membri del consiglio di amministrazione erano nominati da dette autorità, la Corte non

ha esitato a parlare di risorse pubbliche e, più specificamente, di “risorse statali”[20]. Con la conseguenza di individuare un caso di aiuto di Stato nell’uso di dette risorse al fine di alleviare gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di (altra) impresa (collegata alla prima): infatti, “anche se le somme corrispondenti alla misura in questione non sono permanentemente in possesso dell’Erario, il fatto che restino costantemente sotto il controllo pubblico, e dunque a disposizione delle autorità nazionali competenti, è sufficiente perché siano qualificate come risorse statali”[21].

Ma se il patrimonio di una società interamente partecipata da enti pubblici non cessa di essere pubblico (nel senso che si è esposto), a maggior ragione ciò si verifica in una società *in house*, ove sussiste pure quel controllo analogo che annichilisce pressoché del tutto l’autonomia gestionale della società. Con la conseguenza che ogni rischio gravante su quest’ultima società finisce per ricadere nel patrimonio “erariale” degli enti proprietari: a parte, infatti, l’imputazione contabile al bilancio della società (e non a quello dell’ente pubblico), le conseguenze giuridiche ed economiche non potranno che gravare, in definitiva su quest’ultimo.

Vero è che l’ente proprietario non risponde dei debiti della società oltre il valore della quota di capitale da esso detenuto[22] (che peraltro corrisponde all’intero capitale sociale, dato che è praticamente esclusa la partecipazione di soggetti privati). Infatti, trattandosi di società di capitale, sussiste pur sempre l’autonomia patrimoniale della stessa.

Ma vero è che lo schermo societario potrà valere per limitare il rischio operativo, non per trasferirlo a terzi, che nella specie non vi sono. Entro tale limite, il rischio operativo rimane dunque interamente in capo all’ente pubblico proprietario della società *in house*, con la conseguenza che è impossibile conseguire l’oggetto stesso di un contratto di concessione.

E ciò a prescindere dal rilievo che un fallimento della società *in house* è un evento più teorico che pratico, posto che l’ente proprietario ben può intervenire con operazioni di salvataggio, attraverso sistematici aumenti del capitale sociale. Il che non è certo precluso (come l’esperienza dimostra), salvo il limite dell’aiuto di Stato[23], che peraltro a sua volta presuppone che l’intervento sia idoneo ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri[24].

Ne deriva che quando la direttiva parla di concessioni escluse dall’ambito di applicazione della direttiva medesima (art. 17), perché intercorrenti tra un’amministrazione aggiudicatrice ed una società *in house*, dovrebbe forse più correttamente ricollegare tale esclusione all’impossibilità che vi sia (non solo sostanzialmente, ma anche giuridicamente) un tipo di contratto di tal fatta. In tali casi non solo manca un vero contratto (per la relazione intercorrente tra le parti dello stesso), ma manca altresì una vera concessione, perché si tratterebbe di trasferire il rischio operativo a se stessi: il che rappresenta, appunto, una *contradictio in adjecto*, che logicamente non può essere tollerata.

Il vero è che risulta inappropriato utilizzare schemi concettuali e tipi contrattuali, previsti per i rapporti veramente intersoggettivi, ad un fenomeno quale l’*in house providing*. In questo caso, più che di un contratto di concessione o appalto, bisognerebbe parlare puramente e semplicemente di un “contratto *in house*”, come si esprime la Corte di giustizia, ovvero di un mero contratto di servizio[25], diretto a disciplinare i rapporti tra i vari protagonisti dell’operazione: un contratto atipico, dunque, che potrà richiamare di volta in volta la

disciplina propria degli appalti o delle concessioni, a seconda della maggiore o minore assimilazione, ma che non può identificarsi in tali tipologie.

In particolare, il caso delle concessioni pare espressivo di tale irriducibilità ad una società *in house*. Infatti, a meno di non ricorrere a inaccettabili finzioni, non pare proprio che si possa dire che con l'affidamento *in house* l'amministrazione si spogli del rischio relativo all'intera operazione.

[1] Così, con. Riferimento ai servizi pubblici di trasporto, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680. Cfr. pure T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 7 ottobre 2019, n. 753; Cons. Stato, sez. VI, 31 maggio 2017, n. 2626; Cons. Stato, sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902; Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257.

[2] Corte giust. 18 novembre 1999, in causa C-107/98, affare Teckal; Corte giust. 7 dicembre 2000, in causa C-94/99, affare ARGE.

[3] Così 5° considerando della Direttiva 2014/23/UE. Inoltre, si legge nell'art. 2, par. 1, della medesima direttiva che essa “*riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e della autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi*”.

[4] La giurisprudenza della Corte di giustizia ha preso in considerazione, ad esempio, il caso della Lituania (cfr. sentenza 3 ottobre 2019, Irgita, in causa C-285/18.)

[5] Così Cons. Stato, Comm. Speciale, parere in data 21 aprile 2016, n. 968/2016, sullo schema di decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica, pag. 77, in relazione all'art. 16 di detto schema di decreto.

Rileva detto parere (pag. 78) che “*il ricorso al mercato e non all'in house può, infatti, costituire esso stesso, permettendo l'accesso di nuovi operatori, un utile strumento di liberalizzazione economica*”.

[6] Cfr. Corte Cost. 27 maggio 2020, n. 100, con nota di M. Trimarchi, *La Corte costituzionale conferma l'eccezionalità dell'affidamento dei servizi pubblici a società in house*, in *Giustizia insieme*, 2020.

[7] Cfr. Corte giust. 6 febbraio 2020, ordinanza in cause riunite C-89/19, 90/19, 91/19, con nota di C. Deodato, *gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi di interesse economico generale*, in *Giustamm.*, n. 10/2020.

[8] Principio che negli ultimi tempi è sovente dimenticato, nonostante la sua costituzionalizzazione (art. 118, u.c. Cost.). Viceversa era ben presente nel Regolamento dei servizi pubblici, di cui al D.P.R. 168/2010, che all'art. 2, c. 1, lo poneva come uno dei criteri basilari ai fini della “*realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali*”.

[9] Si legge nell'ordinanza da ultimo citata, che richiama in proposito la precedente e già citata sentenza 3 ottobre 2019, Irgita, in causa C-285/18, che la direttiva 2014/23/UE “*riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici e di conferirli a operatori economici esterni*”.

[10] Cfr. ordinanza ult. cit., punti 41-42.

Ma già in altra occasione la Corte si era espressa in modo analogo (sentenza Irgita, C-285/18, punto 50, ove si legge che “*l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione interna, in particolare, alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di*

prestazioni di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza”.

[11] E così M. Antonioli pone il quesito se “*L’in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell’istituto dopo il decreto n. 175/2016*”, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2018, pag. 555 e ss.

[12] Cass., Sez. Un. 23 novembre 2013, n. 26283, punto 4.3.

[13] Cass., Sez. Un. 23 novembre 2013, n. 26283, cit., punto 4.3.

[14] Cfr. Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3169.

[15] Così art. 1, c.2, lett. a) della Direttiva 2004/18/CE, ripetitiva, peraltro, di una definizione da tempo acquisita.

[16] Così art. 1, c.3 e 4 della Direttiva 2004/18/CE. La definizione di concessione di lavori, così configurata, è peraltro risalente almeno alla Direttiva 93/37/CEE, art. 1, punto d).u

[17] Cfr. già la “*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*”, in GUCE 29 aprile 2000, C 121/2. Cfr. anche la Comunicazione 15 novembre 2005, in tema di partenariato pubblico-privato.

[18] Sia consentito un rinvio allo scritto “*La direttiva in materia di “concessioni”*”, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2015, pag. 1095 e ss., pag. 1099.

[19] Corte Cass., Sez. Un., 23 novembre 2013, n. 26283, cit., punto 5 del diritto.

[20] Cfr. Corte di giustizia, sez. II, 10 dicembre 2020, in causa C-160/19 P, punti 30-32.

[21] Corte giust., ult. cit., punto 30.

[22] Così, tra gli altri, F. Caringella, Manuale di diritto amministrativo, Roma, 2020, pag. 859.

[23] Per un recente caso di tal fatta, cfr. Corte di giustizia, sez. II, 10 dicembre 2020, in causa C-160/19 P, cit.

[24] Inoltre, vi è quanto meno da dubitare che nel contratto tra ente proprietario e società totalmente controllata si possano pattuire veri rischi a carico di quest’ultima, esponendola effettivamente alle “*fluttuazioni del mercato*” (come richiesto dal 20° considerando della Direttiva 2014/23/UE). Trattandosi, infatti, di operazione compiuta “*in famiglia*” (e le cui conseguenze negative finirebbero per ripercuotersi sullo stesso ente proprietario), v’è da dubitare che il complesso dei compensi contrattuali (siano essi introiti tariffari, ovvero *tout court* contribuzioni pubbliche) non siano in grado di “*coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti dal contraente per la fornitura del servizio*” (Così la Direttiva 2014/23/UE, considerando 17): e ciò al di là di quanto si legge nei piani economici finanziari, che accompagnano gli affidamenti *in house* e che sono sovente prodighi di indicazioni in ordine ai rischi operativi, traslati più sulla carta che nella sostanza.

Perplessità analoghe si possono rinvenire persino in sede di giurisprudenza comunitaria. E così, ad esempio, si legge nella sentenza del Tribunale, III sez., 13 dicembre 2018, in T-167/13 (Comune di Milano), che “*considerato che tra lo Stato e le imprese pubbliche sussistono relazioni strette, vi è un rischio reale che aiuti statali vengano concessi per il tramite di tali imprese pubbliche, in maniera poco trasparente e in violazione del regime previsto dal Trattato per gli aiuti statali*” (sentenza, cit. punto 75).

[25] Cfr. art. 113, c. 11, del D. Lgs. 267/2000, nonché art. 114, c. 8, lett. a, del medesimo D. Lgs., con riferimento alle aziende speciali e alle istituzioni. Sul punto cfr. per tutti C. Iaione, *Le società in house*, Napoli, 2012, pag. 254 e ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1924 – 9 settembre 2021

Precauzione e prevenzione: nel dedalo delle competenze comunali, regionali e statali si attenua la tutela dei (diritti fondamentali dei) cittadini.

di Giovanna Iacovone e Annarita Iacopino^[1]

Sommario: 1. Inquadramento del tema a partire dagli interessi coinvolti. 2. Il potere di ordinanza sindacale subisce una dequotazione sulla base della (astratta) disciplina delle competenze e in virtù di una eventuale responsabilità a posteriori. 3. Precauzione e prevenzione: una lettura neutralizzante del rischio. 4. Il ruolo e i confini delle ordinanze contingibili e urgenti nella garanzia di efficacia del paradigma precauzionale: una interpretazione minimalista. 4.1. Il principio di precauzione e sua operatività. 4.2 Valutazione e gestione del rischio nel rapporto tra tecnica e diritto in funzione della effettività delle tutele...4.3 ...ipotesi di coordinamento. 5. Riflessioni conclusive.

1. Inquadramento del tema a partire dagli interessi coinvolti

Con la sentenza n. 4802 del 23 giugno 2021 la IV Sezione del Consiglio di Stato ha accolto l'appello presentato da Arcelor Mittal avverso la sentenza n. 249 del 13 febbraio 2021 resa dal TAR Lecce in relazione alla ordinanza contingibile e urgente n. 15 del 27 febbraio 2020 con la quale il Sindaco di Taranto, nell'esercizio dei poteri riconosciutigli dal TUEL, aveva ordinato una serie di prescrizioni all'ILVA fino alla sospensione delle attività.

L'analisi del supporto motivazionale della decisione del Consiglio di Stato non può prescindere, da un lato, dalla asettica ricostruzione del contesto fattuale dal quale (e nel quale) la decisione scaturisce, dall'altro dell'impianto logico motivazionale della sentenza di primo grado.

All'origine del rinnovato interessamento per la «vita» dell'ILVA da parte dell'amministrazione comunale vi era l'allarme sociale determinato da alcuni eventi emissivi che si erano verificati nel corso del 2019 e del 2020. Eventi rispetto ai quali l'ARPA Puglia – DAP di Taranto, nel valutare la connessione con «la tutela della salute», aveva sottolineato l'importanza del rispetto dei tempi di attuazione dei lavori di installazione dei filtri a manica del camino E312 dell'agglomerato dello stabilimento siderurgico, sottolineando l'opportunità di anticiparne i tempi di realizzazione. Opportunità confermata anche dallo stesso Dipartimento di prevenzione della ASL di Taranto – Spesal.

Successivamente la stessa ARPA, in relazione alle anomalie segnalate, aveva evidenziato il superamento del valore limite di emissione massima oraria per il parametro al camino E312.

Il Ministero competente, più volte sollecitato dalla stessa amministrazione comunale in relazione agli specifici eventi, aveva però sottolineato la conformità ai parametri previsti dall'AIA, rinviando all'ISPRA ogni valutazione della pericolosità e dell'impatto delle «problematiche emissive» sulla salute dei cittadini.

Si segnala, comunque, che lo stesso Ministero, sempre nel 2019, anno in cui gli eventi che hanno dato origine all'ordinanza si erano verificati, aveva, su sollecitazione dell'amministrazione comunale, avviato un procedimento di revisione dell'AIA.

Stante il mancato pronunciamento delle amministrazioni interpellate, e considerato anche il grado di allarme sociale generato dagli episodi richiamati, l'amministrazione comunale ha adottato l'ordinanza n. 15, prima ritenuta legittima dal TAR Lecce e poi annullata dal Consiglio di Stato.

Ai fini di una chiara definizione del quadro di contesto occorre richiamare la gradualità delle prescrizioni contenute nell'ordinanza di necessità e urgenza adottata ai sensi dell'art. 50 del TUEL.

Nell'ordinanza era espressamente previsto che «qualora siano state individuate le sezioni di impianto oggetto di anomalie e non siano state risolte le criticità riscontrate di cui in premessa: [ordina] di avviare e portare a completamento le procedure di sospensione/fermata delle attività nei tempi tecnici strettamente necessari a garantire la sicurezza e, comunque, non oltre ulteriori 60 gg. dalla presente degli impianti come sopra individuati (...) procedendo, laddove necessario per finalità legate a ragioni di sicurezza alla sospensione/fermata delle attività inerenti gli impianti funzionalmente connessi e gli impianti di cui sopra (...) qualora non siano state individuate le sezioni di impianto oggetto di anomalie e quindi non siano state risolte le criticità di cui in premessa: avviare e portare a completamento, nei tempi tecnici strettamente necessari a garantire la sicurezza, e comunque non oltre 60 gg. dal presente provvedimento, la procedura di fermata dei seguenti impianti Altiforni, Cokerie, Agglomerazione, Acciaierie».

L'elemento di rilevanza dell'ordinanza, e che poi si rileva come cardine su cui poggia la decisione di primo grado, secondo quanto espressamente previsto nel provvedimento impugnato, è rappresentato dalla pericolosità delle immissioni per la salute, dunque non solo per l'ambiente, valutate alla luce del principio di precauzione.

Nell'ordinanza si legge, infatti, che le «emissioni, percepite in città e oggetto di numerose segnalazioni, hanno procurato un forte odore diffuso (...) le attuali e persistenti criticità di carattere emissivo, non escludono possibili conseguenze di natura sanitaria e producono sempre più insistentemente situazioni di estremo disagio

sociale, oltre che diffusa preoccupazione ed esasperazione della popolazione che vede minacciata la propria salute, specie nelle fasce più deboli».

Gli elementi sui quali occorre concentrare l'attenzione, ai fini della contestualizzazione della decisione di primo grado, sono rappresentati dalla valutazione del comportamento tenuto dalle amministrazioni a diverso titolo coinvolte, e in particolare dal Ministero e dall'ISPRA, nonché dalla funzione riconosciuta all'AIA e alla definizione della sua portata, nonché della sua valenza garantista rispetto al binomio ambiente/salute e, dunque, nella valutazione degli eventi segnalati in una prospettiva precauzionale mirata a garantire il diritto (fondamentale) alla salute.

Quanto al primo profilo, tanto il Ministero quanto l'ISPRA erano stati immediatamente interessati evidenziando, sin da subito, la richiesta di un intervento funzionale ad assicurare la tutela del diritto alla salute dei cittadini messo in pericolo dagli eventi emissivi imputabili, secondo quanto accertato dalle stesse amministrazioni coinvolte, al malfunzionamento degli impianti e delle attività di monitoraggio[2].

Dunque, una situazione relativa alle «concrete e attuali» condizioni dell'impianto all'origine di quella valutazione precauzionale operata dal sindaco, corroborata dai pareri espressi dall'ARPA e dalla ASL che sottolineavano, come detto, la necessità di una accelerazione dei tempi di realizzazione di alcuni interventi programmati evidenziando le criticità del funzionamento dell'impianto. Condizioni rispetto alle quali, nella stessa sentenza, si richiama non solo la peculiarità dell'impianto tarantino «*unico sul territorio nazionale con alimentazione a carbone, risultando tutti i restanti stabilimenti siderurgici da tempo convertiti nell'alimentazione elettrica dei forni*»[3], ma la stessa giurisprudenza CEDU che, nel 2019, riconoscendo la violazione degli artt. 8 e 13 della Convenzione aveva condannato l'Italia avendo «*le Autorità nazionali (...) omesso di adottare tutte le misure necessarie per assicurare la protezione effettiva del diritto degli interessati al rispetto della loro vita privata*»[4]. Una decisione che in realtà richiama un autorevole precedente specifico[5] e nella quale la connessione ambiente, benessere delle persone, diritto al godimento del loro domicilio è resa molto evidente[6] ed è ben delineata rispetto alla garanzia della «qualità della vita» che, sebbene concetto non ben definito, comunque presuppone e impone che «*le autorità nazionali abbiano affrontato la questione con la diligenza dovuta e abbiano (...) affrontato la questione con la diligenza voluta e se abbiano preso in considerazione tutti gli interessi coesistenti*», mentre, come si evidenzia nella stessa sentenza, «*la gestione da parte della autorità nazionali delle questioni ambientali riguardanti l'attività di produzione della società (...) è tuttora in una fase di stallo*», con la conseguenza di un pericolo per «*la salute dei ricorrenti e più in generale, quella di tutta la popolazione residente nelle zone a rischio*».

La considerazione di questo profilo rappresenta l'elemento dal quale muove il giudice di primo grado per considerare l'incidenza degli interessi e l'ambito di valutazione cui è deputato il procedimento di AIA nell'ambito del difficile rapporto con il danno sanitario e con gli interessi economici che gravitano attorno alla attività imprenditoriale. Il Collegio, infatti, muovendo da precedenti specifici dello stesso giudice amministrativo[7], evidenzia come l'ambito di valutazione che rientra nel perimetro dell'AIA non è tale da garantire che si escluda il rischio o il danno sanitario[8], scardinando, dunque, l'assioma AIA/tutela della salute, alla cui base veniva individuata, dai ricorrenti, una carenza di potere dell'amministrazione comunale.

Dunque, un approccio sostanzialista che, proiettato in una dimensione precauzionale, porta a una valutazione complessiva, non solo degli specifici episodi emissivi, considerati «sintomatici di un incombente pericolo di reiterazione», ma dell'intera situazione relativa al funzionamento dell'impianto e della sistematica dei controlli attivati dalle competenti autorità. Significativamente sul punto il giudice di primo grado fa riferimento alla «perdurante pendenza del procedimento del riesame relativamente al monitoraggio del set integrativo», facendo emergere la necessità di adottare una decisione “di emergenza” per garantire l'effettività del sistema di precauzione, in una dimensione, dunque, orientata alla valutazione del rischio e non alla gestione (della già presente) emergenza. E così il giudice di primo grado tiene a precisare che «l'esercizio del potere contingibile e urgente da parte del Sindaco trova peraltro ulteriore supporto logico in considerazione del fatto che, anche a prescindere dalla rilevanza secondaria che nell'ambito dell'AIA – e ancor più nel caso della legislazione speciale prevista per l'ILVA, in quanto impianto strategico di interesse nazionale – riveste la valutazione del danno sanitario, il Sindaco ha comunque esercitato ogni iniziativa utile al fine di sollecitare un intervento di riesame dell'AIA, sulla base di qualificati pareri e relazioni ambientali e sanitarie, senza sortire tempestivi risultati e cui ha fatto riscontro, ad esempio la nota ISPA con cui quest'ultima assume di non avere competenza in campo sanitario».

Sembra, dunque, che nel dedalo di norme, competenze, interessi, confliggenti tra loro, stenti a trovare posto l'interesse (che sembrerebbe recedere) alla tutela della salute della collettività di cui si fa interprete, nella ordinanza impugnata, l'ente esponenziale ad essa più vicino in dichiarata applicazione del principio di precauzione^[9] rispetto al «rischio» del verificarsi di un evento eccezionale (dannoso) la cui imprevedibilità non va intesa in senso assoluto, al fine di legittimare l'esercizio del potere di ordinanza, potendo quest'ultimo essere legittimato anche dalla sussistenza di un pericolo determinato da un «rischio perdurante»^[10].

2. Il potere di ordinanza sindacale subisce una dequotazione sulla base della (astratta) disciplina delle competenze e in virtù di una eventuale responsabilità a posteriori

Ma è proprio quel dedalo di norme la base (formale) sulla quale il Consiglio di Stato ha poggiato la decisione con la quale è stata ribaltata la sentenza del TAR Lecce e riconosciuta l'illegittimità della ordinanza sindacale.

Infatti, l'intera struttura della decisione di secondo grado poggia su un paradigma diverso focalizzato primariamente sul potere, ritenuto carente in concreto, del Sindaco di emanare una ordinanza di necessità e urgenza operando una opzione interpretativa preliminare con la quale il *thema decidendum* viene limitato alla stretta verifica della legittimità del provvedimento impugnato escludendo espressamente «del complessivo impatto ambientale e sanitario determinato dalla presenza sul territorio dello stabilimento siderurgico tarantino, nonché delle questioni connesse (anche oggetto di separati giudizi in separate sedi giudiziali), le quali si stagliano sullo sfondo della questione qui controversa» e ciò nonostante questo elemento di contesto fosse un presupposto necessario, secondo la ricostruzione avanzata dal giudice di primo grado, per la valutazione del comportamento delle altre amministrazioni via via interessate e dell'impatto di quel comportamento sulla salute dei cittadini, elemento legittimante, ad avviso del giudice di prime cure, l'intervento sindacale.

Data questa premessa ermeneutica, il giudice di secondo grado, richiamando solo la decisione della Costituzionale n. 85 del 2013, valorizza l'AIA quale punto di equilibrio di una molteplicità di interessi tra cui il diritto (fondamentale) alla salute, qualificandola come *«provvedimento per sua natura “dinamico”, poiché contiene un programma di riduzione delle emissioni, che deve essere periodicamente riesaminato, al fine di recepire gli aggiornamenti delle tecnologie cui sia pervenuta la ricerca scientifica e tecnologica nel settore»*.

Una cornice teorica, ricostruita con profusi richiami normativi, anche del «diritto singolare» creato nel tempo *ad hoc* per l'ILVA sulla cui base viene interpretato, e limitato, il potere sindacale di ordinanza.

Nella sua ricostruzione il giudice di secondo grado, pur considerando i poteri di ordinanza come una *«valvola di sicurezza del sistema»*, riconosciuto per gestire situazioni di pericolo altrimenti non fronteggiabili, fa leva sulla residualità che sarebbe correlata alla eccezionalità di tale potere^[11] per individuare nello specifico i confini del potere esercitato dal Sindaco di Taranto.

Pur negando la completezza del quadro normativo e la sua sufficienza a *«fronteggiare qualunque situazione di pericolo o di danno scaturente dall'attività produttiva in essere nello stabilimento siderurgico»*^[12] il Consiglio di Stato conferma un concetto ampio di contingibilità, legato alla impossibilità di ricorrere (e non alla inefficacia rispetto alle esigenze di tutela in concreto considerate) a rimedi pur esistenti al fine di fronteggiare una situazione di pericolo^[13], in ciò negando il difetto di attribuzione o l'incompetenza del Sindaco a emanare la contestata ordinanza.

Purtuttavia, nel passare a considerare i presupposti che in concreto legittimerebbero l'esercizio del potere sindacale, il giudice si sofferma sulla portata dei requisiti della contingibilità e urgenza sottolineando come la prima debba essere riferita e valutata non solo con riferimento alla concreta esistenza di strumenti per far fronte alla situazione di pericolo, ma anche alla loro *“adeguatezza”*^[14]; mentre la seconda vada solo intesa come la *«materiale impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di danno a breve distanza di tempo»*^[15]. Presupposti a corollario dei quali sono poi stati individuati ulteriori caratteri, ampiamente richiamati dal Consiglio di Stato, quali la *«straordinarietà dell'evento»*, la sua *«imprevedibilità»*, la *«necessaria temporaneità della misura adottata»*^[16] *«volti a rimarcare il connotato fondamentale del potere di ordinanza, ossia la sua residualità rispetto ad altri rimedi tipici e nominati»*. Elementi che *«Pur non costituendo requisiti necessari per il legittimo esercizio del potere rimangono, tuttavia, criteri di carattere logico adoperabili per lo scrutinio della legittimità in concreto del provvedimento»*.

Un inquadramento del potere di ordinanza che consente, sulla base della ricostruzione del quadro normativo, di escludere che, con riferimento alla immissione di «aria e fumi» provenienti dallo stabilimento, possa essere esercitato un potere di ordinanza da parte del sindaco, essendo lo stabilimento sottoposto ad AIA, la cui portata esautorerebbe ogni altra possibilità di tutela, con la conseguenza che l'esercizio del potere sindacale sarebbe circoscritto alle ipotesi in cui le situazioni di pericolo o danno per la salute derivino da *«inosservanza delle prescrizioni autorizzatorie»*, tra l'altro, secondo la interpretazione che ne dà il giudice amministrativo, solo dietro *«comunicazione dell'autorità competente»*, dunque, almeno stando alla lettera della sentenza che affianca i due presupposti, non un potere autonomamente esercitabile da parte del Sindaco, ma, al contrario, una *extrema ratio* cui ricorrere solo a seguito dell'esaurimento dei rimedi posti in capo alla *“autorità competente”*

e su richiesta di quest'ultima. Dunque, un potere condizionato che da un lato esclude l'applicabilità degli artt. 50 e 54 del TUEL, dall'altro risulta subordinato alla valutazione, in questo caso del Ministero, della osservanza delle prescrizioni autorizzatorie.

Un meccanismo che valorizzando lo «scivolamento» delle competenze di fatto rischia di frustrare la effettività del bene giuridico protetto, e cioè la salute pubblica la cui valutazione in concreto viene posta in secondo piano.

E questo è particolarmente evidente se si considera che, pur riconoscendo alle norme (incluso l'art. 217 del r.d. n. 1265/1934) la finalità di garantire una tutela «*“anticipatoria” del bene giuridico*», consentendo «*alla autorità preposta (il Sindaco) di intervenire prima (“prevenire”) che si verifichi l’effettiva compromissione (“il danno”) del bene giuridico tutelato (“la salute pubblica”)*», il Consiglio di Stato nega da un lato la esercitabilità del potere di ordinanza ex artt. 50 e 54 del TUEL - non essendo comprovata la inidoneità e la inefficacia degli altri rimedi predisposti dall'ordinamento -, dall'altro nega la possibilità di esercitare i poteri straordinari riconosciuti dall'art. 217 del r.d. n. 1265/1934 - non essendoci stata una comunicazione da parte dell'autorità competente, il Ministero, che al contrario aveva rilevato la insussistenza di una violazione delle prescrizioni contenute nell'AIA.

Una ricostruzione ineccepibile sotto il profilo formale, che non sottace la consapevolezza – del giudicante – del suo potenziale impatto sul bene salute. E questo sembra evidente proprio in quella parte della decisione in cui il Giudice comunque precisa che «*va evidenziato che, qualora “l’autorità competente” non effettui la comunicazione di cui all’art. 29-decies, comma 10, d.lgs. n. 152 del 2006 oppure neghi erroneamente che sussistono i presupposti per procedervi, si assumerà evidentemente le relative responsabilità, qualora si dovesse poi inverare l’evento pregiudizievole paventato*».

Dunque, uno schema formalmente corretto che non può però non far sorgere qualche perplessità, perché, con riguardo al bene della salute, difficilmente la tutela risarcitoria postuma potrà essere altrettanto soddisfacente della tutela del bene principale (che, considerata la tipologia, dovrebbe essere primario).

3. Precauzione e prevenzione: una lettura neutralizzante del rischio

Ma quello richiamato non è l'unico motivo di illegittimità riconosciuto in sede di appello della decisione assunta dal Sindaco di Taranto.

A supporto della riconosciuta incompetenza del sindaco ad adottare una ordinanza di necessità ed urgenza a tutela della salute della collettività, stante le precondizioni richiamate in precedenza, il Giudice sposta l'attenzione su una ritenuta assenza di lesività, quanto meno di prova di una diretta lesività, dei fatti emissivi rispetto al bene protetto, riproponendo *sic et simpliciter* il dilemma insito nello stesso principio di precauzione tra certezza, ragionevole certezza della lesività e, dunque, tra prova e indizio del rischio insito o comunque correlato a quella determinata attività.

Un equilibrio che sottende un certo non agevole bilanciamento tra interessi contrapposti, tra tutela della salute e tutela delle attività economiche.

A sostegno della propria decisione il giudice amministrativo richiama l'evoluzione giurisprudenziale sul principio di precauzione rimarcando la necessità che la valutazione dei rischi avvenga sulla base di «*indizi specifici*» che, pur nell'incertezza della regola scientifica, permettano di individuare, nella sostanza, l'esistenza di «*un rischio specifico*», intendendosi per tale quel rischio in base al quale «*non possa escludersi che [l'intervento umano su un determinato sito] pregiudichi il sito interessato in modo significativo*». Dunque, un grado di certezza che, almeno ad una prima lettura, supera i confini del principio di precauzione, lambendo quelli del correlato principio di prevenzione.

Dalla lettura della motivazione pare, infatti, che il Giudice contesti all'amministrazione comunale l'assenza di una valutazione del rischio tale da comprovare la sussistenza di una situazione di pericolo «*potenziale o latente*» in grado di incidere significativamente sulla salute dell'uomo. Dunque, una valutazione fondata su un grado di certezza del binomio rischio/necessarietà della misura, che evidentemente, considerata anche la opinabilità del dato scientifico che in questi casi ammantava le valutazioni tecniche, riduce sensibilmente l'ambito di applicazione del principio precauzionale, soprattutto con riferimento a quelle fattispecie insolite non note, per le quali non si registra un elevato grado di approfondimento scientifico incrinando così anche la valutazione della stessa proporzionalità della misura.

Una visione della proporzionalità che, però, almeno nella prospettiva in esame non sembra considerare appieno la dimensione e la configurazione che ne viene data nelle sedi eurounitarie, pur richiamate nel testo, che offrono del principio una prospettazione in parte diversa proprio della valutazione scientifica degli effetti potenzialmente negativi che nella descrizione offerta in quelle sedi si caratterizza per una quadrifasicità (identificazione del pericolo, caratterizzazione del pericolo, valutazione dell'esposizione e caratterizzazione del rischio) che in parte è funzionale alla attenuazione delle conseguenze determinate dalla incertezza scientifica rispetto alla quale i fattori di prudenza non portano a richiedere una “prova” del rischio, ma a prendere a riferimento il livello «*as low as reasonably achievable*» di rischio[17].

In particolare, rileva rimarcare, al fine di delineare con completezza la prospettiva in cui nelle sedi comunitarie il principio viene inteso, come ivi si sottolinea che «*La mancanza di prove scientifiche dell'esistenza di un rapporto causa/effetto, un rapporto quantificabile dose/risposta o una valutazione quantitativa della probabilità del verificarsi di effetti negativi causati dall'esposizione non dovrebbero essere utilizzati per giustificare l'inazione*»[18].

Dunque, una considerazione complessiva della situazione funzionale alla elaborazione di una strategia di gestione del rischio - pur senza sottovalutare i «*principi generali di una buona gestione dei rischi*», e cioè il principio di proporzionalità, il principio di non discriminazione, il principio di coerenza, l'esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dalla mancanza di azione, l'esame dell'evoluzione scientifica - che comporta anche un diverso inquadramento dello stesso *onus probandi*[19], essendo necessario distinguere tra decisione politica «*di agire o di non agire e le misure risultanti dal ricorso al principio di precauzione, che devono rispettare i principi generali applicabili per qualunque misura di gestione dei rischi*»[20]. Onere probatorio che, dunque, deve essere inteso non in senso assoluto, potendo, anzi dovendo, essere coniugato, bilanciato, con il principio di naturale incertezza correlato all'evento eccezionale[21].

Un quadro, quello sommariamente richiamato, che non si coglie nella decisione del Consiglio di Stato e che offre una diversa chiave di lettura per il bilanciamento degli interessi da porre

a base della valutazione del rischio nel contesto della adozione di una misura precauzionale, se vogliamo più ampia di quella adottata dal giudice amministrativo che, richiamando alcuni propri precedenti, fa riferimento alla «*esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultano maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura*»[22]. E nella decisione di secondo grado si coglie con chiarezza questa tensione tra «rischio puramente ipotetico», cioè una mera supposizione non verificata in termini scientifici[23], e «rischio non pienamente provato a causa della (naturale) incertezza scientifica» rispetto al quale si sottolinea che la «*significatività dell'impatto è alla base delle oscillazioni negli approcci, che richiedono una prova della sussistenza di un possibile rischio non fronteggiabile con gli strumenti tipici predisposti dall'ordinamento e, in ultimo, nella garanzia di effettività del principio di precauzione. Una tensione che traspare nel riconoscimento di un difetto di istruttoria e di motivazione dell'ordinanza, in ragione della ritenuta mancata individuazione «delle cause che hanno comportato gli eventi emissivi presi in considerazione», rispetto alle quali neanche le note istruttorie dell'ARPA e della ASL, secondo quanto ritenuto dal giudice, evidenziano «chiare ed univoche indicazioni sull'eziogenesi» degli eventi, né una chiara e comprovata correlazione degli eventi occorsi e del rischio di una loro ripetizione a eventuali criticità per il diritto alla salute*»[24].

E in ciò a nulla rilevando, dunque, la stessa ripetizione degli eventi, che in sé avrebbero potuto da soli provare il rischio di reiterazione, né le risultanze della nota ministeriale nella quale «*sono enumerate una serie di "non conformità" e di "eventi incidentali"*» sulla base della considerazione che nella stessa nota «*non viene (...) chiarita l'attinenza con gli eventi presupposto dell'ordinanza*»[25].

Dunque, circostanze che, ad avviso del giudice, «*non evidenziano un pericolo "ulteriore" rispetto a quello ordinariamente collegato allo svolgimento dell'attività produttiva dello stabilimento industriale e gestita attraverso la disciplina dell'A.I.A.*». Pericolo, dunque, che non risulterebbe corredato da un sufficiente apparato probatorio tale da rendere possibile la adozione di una misura straordinaria in applicazione del principio di precauzione poiché «*quanto emerso è più incline ad escludere il rischio concreto di un eventuale ripetizione degli eventi e la sussistenza di un possibile pericolo per la comunità tarantina*» in quanto gli eventi verificatisi risultano frutto di carenze procedurali, il primo evento emissivo, o di accadimenti non riconducibili comunque a violazioni dell'AIA. Dunque, una «*situazione di assoluta e stringente necessità presupposta dall'ordinanza sindacale*» non solo non provata ma tale da non giustificare un ritenuto aggravamento della situazione ambientale e sanitaria della città di Taranto le cui condizioni sono «*un fatto che può reputarsi "pacifico", a fini processuali*», ma anche non giustificabile dalla ritenuta necessità di anticipare le realizzazioni intraprese[26] che, ad avviso del giudice, segnano una linea di discontinuità rispetto a quella situazione di stallo indicata dalla Corte europea menzionata in precedenza[27].

4. Il ruolo e i confini delle ordinanze contingibili e urgenti nella garanzia di efficacia del paradigma precauzionale: una interpretazione minimalista

Dai sintetici cenni richiamati in precedenza il primo elemento che si impone all'attenzione del lettore è la totale diversità di piani posta dal giudice di primo grado e dal Consiglio di Stato a base delle proprie valutazioni. Mentre nel primo grado a base della decisione di ritenuta legittimità dell'ordinanza sindacale vi è un approccio sostanzialista - che sottende una visione strumentale del diritto - nel quale nell'ambito del bilanciamento fra contrapposti

interessi confluiscono diversi elementi tra i quali la considerazione della tempistica della attuazione del Piano approvato con D.p.c.M. nel quale sono contemplate una molteplicità di attività anche di tutela sanitaria; nel secondo grado prevale l'approccio formale, con una diversa conseguente rilevanza dello stesso paradigma precauzionale rispetto al quale, in questa sede, non si può non rimarcare la portata e la necessità di una contestualizzazione in una dimensione di (strumento di) garanzia dello sviluppo sostenibile, dove la sostenibilità, però, non va riferita soltanto alla finalizzazione ambientale dell'azione, ma a una connotazione di sistema che includa la valutazione dei profili e degli impatti sociali ed economici della decisione anche amministrativa[28].

In questo contesto la riflessione deve necessariamente stratificarsi su una molteplicità di piani che rendono anche complessa una lettura critica dei due approcci: il primo, a carattere più generale, relativo al grado di attuazione ed efficacia che il nostro sistema intende prioritariamente garantire attraverso il paradigma precauzionale e, a monte, attraverso la sistematica del rischio; l'altro relativo al potere di ordinanza[29], strumento tradizionalmente considerato irrinunciabile per la gestione e regolazione delle emergenze e, al contempo, la sua normalizzazione per la gestione di eventi eccezionali e non solo e di cui normalmente si criticano gli abusi imputabili proprio alla mancata visione sistemica del rischio.

4.1. Il principio di precauzione e sua operatività

La vicenda oggetto delle sentenze menzionate nei paragrafi precedenti è certamente emblematica dell'approccio complesso e conflittuale del nostro sistema rispetto al paradigma della precauzione e, a monte, della gestione del rischio. Un tema sul quale si è soffermata la dottrina soprattutto a seguito del realizzarsi degli eventi pandemici «scoprendo», in ciò sollecitati certamente dalla dimensione ultra-statuale del fenomeno, delle criticità intrinseche del nostro sistema, già emerse in occasione di eventi eccezionali che hanno interessato aree circoscritte del nostro territorio.

Senza ripercorrere in questa sede i diversi passaggi che hanno caratterizzato il percorso che ha portato alla lenta applicazione del principio di precauzione nel nostro ordinamento, la problematicità che lo caratterizza si innesta su due piani, quello a carattere generale, se vogliamo di sistema, relativo appunto all'approccio che si ha rispetto alla considerazione e ponderazione del rischio, l'altro a carattere puntuale e operativo relativo alla assunzione della singola decisione precauzionale e al correlato rapporto conflittuale tra tecnica e diritto e alla ricerca, da parte di quest'ultimo, di un dato di certezza che spesso la prima non può offrire.

Rispetto al primo profilo richiamato, come si evince già da una rapida lettura del quadro normativo, incluso il Codice di protezione civile[30], è subito evidente che lo spazio riservato agli eventi eccezionali si incentra prevalentemente sulla gestione del momento critico successivo all'evento negativo secondo una visione parziale, difficilmente compatibile con l'obiettivo di un sistema riflessivo che, oltre a pregiudicare la completezza del discorso, pone sullo stesso sistema una vera e propria ipoteca, condizionandone la prospettiva e gli elementi di valutazione, anche in relazione al (possibile) ruolo del livello istituzionale.

Una visione dell'evento eccezionale, quella richiamata, che, nella corretta valutazione della dimensione del rischio, e non solo dell'emergenza, non potrebbe prescindere dalla considerazione dei momenti antecedenti al suo verificarsi, in considerazione cioè di un modello programmatico e regolatorio flessibile effettivamente in grado di costruire un

sistema istituzionale e infrastrutturale pienamente funzionale che consenta di garantire la gestione delle conseguenze del verificarsi dell'evento eccezionale con i parametri e le garanzie dell'ordinarietà, evitando lo sconfinamento, o meglio l'abuso, di strumenti eccezionali, quali anche le stesse ordinanze di necessità ed urgenza.

Ma questa rapida considerazione si pone *a latere* rispetto alla decisione del Consiglio di Stato, né appare, rebus sic stantibus, sufficiente o idonea a confutare la correttezza formale della ricostruzione operata dal giudice d'appello.

4.2. Valutazione e gestione del rischio nel rapporto tra tecnica e diritto in funzione della effettività delle tutele...

Infatti, in questa prospettiva, di un diritto del rischio^[31], la gestione dell'emergenza, e quindi la piena attuazione del paradigma precauzionale, anche eventualmente attraverso l'esercizio del potere (residuale) di ordinanza, conta un momento antecedente nel quale il binomio precauzione/prevenzione gioca un ruolo fondamentale secondo una dinamica circolare che, anche in ragione della complessità dei fatti considerati, presuppone un coordinamento tra diversi soggetti, anche privati, soprattutto al fine di acquisire una adeguata acquisizione delle indispensabili conoscenze scientifiche e tecniche che rappresentano l'indefettibile presupposto per la predisposizione di misure (normative e provvedimenti), di procedure adeguate rispetto al fine. Misure la cui elasticità risulta precondizione necessaria per consentire un adeguamento in parallelo al progresso delle conoscenze scientifiche e tecnologiche che ne rappresentano il presupposto^[32] e che sono il nucleo problematico di lettura e interpretazione della complessità nonché alle mutate condizioni oggettive che potrebbero verificarsi, e che si sono verificate nel caso di specie.

Tale riflessione si fonda, oltre che sulla evidenziata relazione strutturale e complementare tra i due principi di precauzione e di prevenzione, su una piana interpretazione del chiaro messaggio proveniente dall'Europa secondo cui « è generalmente riconosciuto che, in alcuni casi, la sola valutazione scientifica del rischio non è in grado di fornire tutte le informazioni su cui dovrebbe basarsi una decisione di gestione del rischio e che è legittimo prendere in considerazione altri fattori pertinenti, tra i quali aspetti di natura sociale, economica, tradizionale, etica e ambientale nonché la realizzabilità dei controlli»^[33].

Si intercetta così una ulteriore criticità, quella del rapporto tra tecnica e diritto, che ipotizza il dato della effettività delle tutele e che si coglie con maggiore evidenza nel passaggio al piano della decisione sul caso singolo, rispetto alla quale l'incertezza del dato scientifico va ad alimentare quel dato di complessità proprio della decisione, spesso acquisendo un peso (politico) rilevante nella individuazione del bilanciamento tra contrapposti interessi, come del resto è evidentissimo proprio nell'avvicinarsi delle decisioni attraverso cui può ricostruirsi (fino a questo momento) la "storia" dell'impianto ILVA.

Dalle osservazioni sin qui svolte è evidente che non è intenzione di chi scrive riproporre una lettura del paradigma precauzionale estremizzante, secondo una esegesi paralizzante, cioè astrattamente idonea a bloccare qualsiasi attività anche solo potenzialmente pericolosa, interpretazione giustamente esclusa anche dalla stessa Corte costituzionale^[34]. L'obiettivo di queste brevi riflessioni è solo quello di contribuire a porre l'attenzione sugli elementi che potrebbero, anche alla luce delle decisioni assunte nelle sedi comunitarie, consentire un ragionevole e prevedibile bilanciamento dei contrapposti interessi, evitando che nella lettura

di contrapposte decisioni, come nel caso di specie, si abbia la sensazione che in esse (decisioni amministrative) possa aver avuto un peso decisivo una valutazione politica degli interessi in gioco.

E a tal fine occorre ritornare brevemente sui parametri che via via sono stati elaborati con riferimento all'applicazione del principio di precauzione nella sua ascesa a principio generale dell'azione^[35]. Parametri la cui formulazione «ampia» (si pensi al grado di certezza richiesto e alla differente portata che la diversa dimensione lessicale «rischio specifico» - che deve emergere da indizi specifici - «probabilità di un danno reale» comporta) lascia, come è evidente nel caso in esame, un margine molto ampio di manovra, tanto alle amministrazioni quanto ai giudici chiamati ad esaminare la legittimità, formale e sostanziale, della decisione amministrativa, e dunque dell'assetto degli interessi in essa consacrato.

4.3. ...ipotesi di coordinamento

Superato il dato (formale) relativo alla competenza, nel confronto delle decisioni richiamate nei paragrafi precedenti, il principale nucleo problematico si addensa proprio attorno al conflittuale rapporto strutturale tra tecnica e diritto funzionale alla prevedibilità (in astratto) dell'evento dannoso. Un rapporto intrinsecamente condizionato da una molteplicità di fattori che vanno dalla incertezza del risultato dell'analisi scientifica, ai rischi connessi alla tecnica, e alla sua mutabilità, e che comporta anche che si proiettino il rischio e la sua valutazione nella complessa dimensione della probabilità/improbabilità del verificarsi dell'evento che, per garantire la ragionevolezza e la stessa proporzionalità della scelta consacrata nella decisione amministrativa, deve concorrere alla valutazione complessiva del fatto assieme ad ulteriori elementi - quali l'impatto sociale, politico e anche economico delle decisioni che sono assunte - alcuni dei quali, per loro stessa natura, sono caratterizzati da una più facile prevedibilità, soprattutto nel medio periodo, e quindi finiscono per avere un peso specifico maggiore nel contesto della decisione.

Ed è in questa prospettiva che occorre riflettere sulla portata (reale) di quel decalogo della precauzione elaborato dalla giurisprudenza^[36] e in particolare sul grado di certezza (del rischio di danno) che viene richiesto per ritenere raggiunta quella «valutazione scientifica obiettiva», che nel caso in esame viene definita come «rischio specifico» tale, però, da garantire il principio «*better safe than sorry*». E ciò in quanto la valutazione posta a base della decisione non può prescindere dall'assunzione di una prospettiva nella quale si considerano gli effetti sistemici, anche di medio e lungo periodo, delle decisioni assunte, nella consapevolezza che la valutazione parziale dei rischi ha influenze distorsive della stessa efficacia delle decisioni di non poco momento, come del resto il caso della città di Taranto emblematicamente dimostra. Una portata che, in maniera più evidente proprio nel settore ambientale va definita e integrata con (ma non deve sostituire) quelle decisioni improntate al diverso principio di prevenzione inteso tanto in senso negativo quanto positivo^[37] che, muovendo da una più concreta e certa definizione del rischio, impongono regole di condotta e comportamenti agli attori, di norma consacrate nei regimi autorizzatori, nei quali certamente rientra anche l'AIA, che, grazie alla revisione periodica, dovrebbero garantire una effettività della tutela degli interessi sensibili (ambientali e sanitari).

Nella decisione del Consiglio di Stato, l'opzione ermeneutica del giudice amministrativo, porta, invece, ad escludere la utilizzabilità della ordinanza sindacale di necessità ed urgenza per fini precauzionali per un duplice ordine di ragioni: le prime di pura legittimità essendo la

gestione delle situazioni emergenziali relative all'impianto oggetto di una specifica disciplina che prevede l'intervento di soggetti diversi le cui competenze, anche in caso di inerzia, non possono, secondo quanto si legge in sentenza, essere esautorate dall'ordinanza sindacale[38]; e in ogni caso difettando, ad avviso del giudice, quei requisiti propri del potere *extra ordinem*, quali la contingibilità, l'urgenza, la straordinarietà dell'evento nonché la sua imprevedibilità non risultando, tra l'altro, nel merito, adeguatamente supportato da un corredo probatorio il rischio di ripetizione degli eventi emissivi, la pericolosità per la salute della cittadinanza degli stessi rispetto a una situazione di gravità e pericolosità già conclamata e quindi tale da non legittimare una qualificazione in termini di emergenza della condizione (abituale) del territorio.

La distanza siderale tra le due impostazioni riflette il diverso approccio rispetto ai beni giuridici primari oggetto di tutela. Un approccio evidentemente sostanzialista, quello del primo giudice, più condizionato da un approccio formale al principio di legalità il secondo che pare addirittura trovare un momento di chiusura in una valutazione della proporzionalità effettuata considerando (normale) la situazione (emergenziale) in cui quel territorio versa.

Una opzione interpretativa, quella del Consiglio di Stato, che si discosta, ad esempio, da alcune applicazioni del principio effettuate proprio nel periodo pandemico nelle quali la mancanza di «*acclarate e solide conoscenze scientifiche in ordine alle modalità di trasmissione del coronavirus*» sono state ritenute sufficienti per giustificare decisioni restrittive in applicazione proprio del principio di precauzione[39] nella sua dimensione finalistica correlata al principio di responsabilità che, in astratto dovrebbe guidare la interpretazione del paradigma precauzionale. Infatti, proprio facendo leva sulla presupposta ordinarietà delle condizioni di partenza valutata, prevalentemente, nella dimensione ambientale e solo di riflesso rispetto al diritto fondamentale alla salute e al diritto alla sicurezza invocato dalla cittadinanza[40], è stata negata la proporzionalità della misura precauzionale[41].

Un approccio che, se si supera la pur ineccepibile dimensione formale, risulta frustrare lo stesso profilo teleologico del principio di precauzione, e cioè una anticipazione di tutela finalizzata a prevenire, o quanto meno contenere, il danno, o anche un suo aggravamento[42], avendo il vaglio sui confini del potere di ordinanza reso impossibile una valutazione sul merito e dunque un bilanciamento tra contrapposti interessi, ivi includendo anche la considerazione dei tempi di risposta delle amministrazioni competenti, secondo lo schema richiamato dal giudice di secondo grado che, non a caso, incidentalmente, e solo come mero richiamo di un principio, ne ricorda la responsabilità in caso di danno causato da una loro inazione. Una ricostruzione quella proposta in appello che, assumendo la lente del giudice di primo grado, pare porsi in contrasto con quella necessaria sistemicità della tutela invocata dalla Corte costituzionale proprio con riferimento all'ILVA[43] che non può prescindere, dunque, anche nella considerazione della necessità dello strumento eccezionale, dalla valutazione del contesto, senza dimenticare che già in passato, nel bilanciamento tra diritto alla salute e diritto al lavoro, la compressione del diritto fondamentale era stata tollerata, o meglio era divenuta ragionevole in quanto temporanea e funzionale a prevenire un'altra emergenza (quella lavorativa). Una posizione non condivisa proprio dalla Corte europea per i diritti dell'uomo nella sentenza richiamata in precedenza in ragione di una diversa prospettiva assunta da quest'ultima, incentrata sulla valutazione della effettiva violazione del diritto fondamentale[44]. Una sistemicità che, però, anche in considerazione delle circostanze concrete, e forse anche del tempo trascorso, ad esempio a distanza di 6 anni ha portato la Corte costituzionale, nella sentenza 58/2018 a porre su una diversa base giuridica lo stesso

bilanciamento costituzionale e dunque la valutazione della ragionevolezza e proporzionalità della decisione secondo un percorso di analisi più improntato a una concezione strumentale del diritto e, dunque, spinto maggiormente dal pensiero della necessità[45]. Approccio che trova un chiaro sostrato filosofico-concettuale nella decisione del giudice di primo grado[46].

5. Riflessioni conclusive

Dalle osservazioni svolte in precedenza è evidente che l'opzione ermeneutica dei due giudici non può essere valutata secondo un tradizionale e radicale paradigma interpretativo giusto/sbagliato, ma spinge piuttosto l'interprete a una riflessione di carattere generale sui canoni di convivenza tra principi e valori formativi della convivenza collettiva e diritti individuali, valorizzando proprio il compito della *jurisprudenza* di «realizzare positivamente la “pratica concordanza” delle diversità e persino delle contraddizioni»[47] valorizzando quella funzione degli stessi diritti individuali e la loro diretta funzionalizzazione alla implementazione di un ordine sociale giusto[48]. In questo contesto ci si deve infatti domandare quanto le regole, quali quelle che disciplinano la competenza, possono risultare pregiudizievoli della efficacia ed effettività dei principi che, non avendo una fattispecie, assumono una operatività nel momento in cui si confrontano con un caso concreto e che, data la loro portata strutturale, non possono essere ridotti a meri accessori, assumendo una sostanza valoriale che non può essere frustrata (o esclusa) dalla regola[49].

Proprio l'esigenza di non neutralizzare principi fondamentali ha indotto l'ordinamento a delineare provvedimenti *extra ordinem* anche in deroga alle regole sulla competenza[50].

E su questo dovrebbe aprirsi una riflessione sulla razionalità materiale del potere in concreto esercitato dal giudice, quella razionalità non orientata alla forma e alla opposizione qualitativa vero-falso, ma al contenuto, alla ragionevolezza dell'assetto degli interessi che quella determinata decisione dà al rapporto amministrativo, stando ben attenti a non scardinarlo comunque dal diritto positivo, ma senza abdicare alla funzione pratica, rivalutando quella concezione articolata che pone l'interprete a servizio dell'ordinamento giuridico, tanto nella sua dimensione riferita alle regole (*ex parte potestatis*), quanto nella sua dimensione riferita ai principi (*ex parte societatis*). Dunque, non un giudizio etico, né un giudizio fondato su un acritico positivismo, ma sullo specifico accadimento, sullo specifico problema amministrativo di cui va inteso il senso e il valore[51], intendendo per senso quella logica sociale dell'azione e, dunque, le conseguenze che ne derivano e che rappresenta il nucleo attorno al quale ruota il percorso per la formulazione di una scelta (decisione) ragionevole e proporzionata[52], il che non vuol dire aprire la via a una visione soggettivistica dell'interpretazione con buona pace del principio di certezza, ma aprire una più ampia riflessione sul «reale» oggetto del giudizio amministrativo, e ciò anche in considerazione del fatto che la ragionevolezza (paradigma della proporzionalità)[53] della decisione è (e non potrebbe non essere) il risultato di una «categorizzazione dei fatti che tiene conto di tutti i principi che essi mettono in movimento»[54].

[1] Sebbene sia frutto di una riflessione condivisa sulle tematiche, i paragrafi sono così distribuiti: parr. 1, 2 e 3 Annarita Iacopino; par. 4, 4.1, 4.2, 4.3 e 5 Giovanna Iacovone.

[2] Nella sentenza di primo grado si legge, infatti, «*deve ritenersi quindi provato che i fenomeni emissivi indicati nell'impugnata ordinanza sono stati determinati da malfunzionamento tecnico, difettosa attività di monitoraggio e di pronto intervento, nonché criticità nella gestione del rischio e nel sistema delle procedure di approvvigionamento di fornitura e di negligente predisposizione di scorte di magazzino*».

[3] Nella decisione si sottolinea come la scelta di mantenere l'alimentazione a carbone «*risulti funzionale agli interessi economici dell'indotto complessivo dell'acciaio, che beneficiano dei relativi prodotti differenziali*».

[4] Rileva la Corte EDU che «*il giusto equilibrio da assicurare tra, da una parte, l'interesse dei ricorrenti a non subire gravi danni all'ambiente che possano compromettere il loro benessere e la loro vita privata e, dall'altra, l'interesse della società nel suo insieme, non è stato rispettato. Pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione*». Sul punto si rinvia all'analisi critica svolta da S. Zirulia, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, nota a C. eur. Dir. Uomo, sez. I, 24 gennaio 2019, Cordella e altri, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019.

[5] Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia UE del 31 marzo 2011 (causa C-50/10) nella quale si era riconosciuto che l'Italia si era sottratta agli obblighi cui era tenuta in forza della direttiva 2008/1/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla prevenzione e alla riduzione integrate dell'inquinamento avendo ommesso, l'Italia, di adottare le misure necessarie grazie alle quali le autorità competenti avrebbero potuto controllare gli impianti industriali esistenti funzionassero conformemente a un sistema di autorizzazioni previsto dalla direttiva. Una posizione espressa anche in un parere motivato del 16 ottobre 2014 nel quale la Commissione aveva evidenziato che l'Italia si era sottratta agli obblighi di garantire che l'acciaieria fosse conforme ai requisiti della direttiva sulle emissioni industriali.

[6] La Corte EDU ha infatti che «*una doglianza difendibile dal punto di vista dell'articolo 8 può sorgere se un rischio ecologico raggiunge un livello di gravità che riduce notevolmente la capacità del ricorrente di godere del proprio domicilio o della propria vita privata o familiare*» che riconduce in capo agli stati non solo un obbligo negativo di astensione dello Stato da ingerenze arbitrarie, ma anche un obbligo positivo «*in particolare nel caso di un'attività pericolosa, di mettere in atto una legislazione adattata alle specificità di tale attività, in particolare al livello di rischio che potrebbe derivarne. Tale legislazione deve disciplinare l'autorizzazione, la messa in funzione, lo sfruttamento, la sicurezza e il controllo dell'attività in questione, nonché imporre a ogni persona interessata da quest'ultima l'adozione di misure di ordine pratico idonee ad assicurare la protezione effettiva dei cittadini la cui vita rischia di essere esposta ai pericoli inerenti al settore in causa*» (in linea con questa impostazione Oneryildiz c. Turchia, [GC], n. 48939/99, § 90, CEDU 2004-XII, e Brincat e altri c. Malta, nn. 60908/11 e altri 4, §§ 101-102, 24 luglio 2014).

[7] In particolare, si richiama l'orientamento del Consiglio di Stato per il quale «*nell'ambito del procedimento del rilascio dell'ALA in via generale non è obbligatorio procedere alla valutazione sanitaria (prescritta nelle sole ipotesi disciplinate dall'art. 9 della L. 221/15) salvo che, in base al principio di precauzione, concrete evidenze istruttorie dimostrino l'insussistenza di un serio pericolo della salute pubblica. Resta ovviamente fermo che, ove l'apporto consultivo dei predetti enti (ndr: ARPA, ASL, ISPRA) venga comunque acquisito, l'autorità procedente è tenuta ad una autonoma valutazione dei pareri resi quantomeno nell'ipotesi in cui intenda discostarsene*» (IV, 11 febbraio 2019, n. 983; IV, 28 agosto 2019, n. 5985).

[8] Nella sentenza si precisa che «*d'ALA costituisce un atto amministrativo di natura autorizzatoria finalizzato all'esercizio o prosecuzione di attività produttiva, con il quale vengono stabilite le specifiche prescrizioni che delimitano le condizioni di esercizio dell'attività; tali prescrizioni costituiscono l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici ed amministrativi in un unico procedimento nel quale (...) devono trovare simultanea applicazione i principi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale. Il procedimento che culmina nel rilascio dell'ALA con le sue caratteristiche di partecipazione, pubblicità, rappresenta lo strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione*».

Una volta raggiunto tale equilibrio diventa decisiva la verifica dell'efficacia delle prescrizioni; Ciò chiama in causa la funzione di controllo dell'amministrazione (...) Le prescrizioni e misure contenute nell'ALA possono rivelarsi inefficaci, sia per responsabilità dei gestori, sia indipendentemente da ogni responsabilità soggettiva» (Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85).

[9] Un profilo condiviso dal giudice di primo grado il quale rileva che «*tale principio impone che, allorché ricorrano incertezze o ragionevoli dubbi in ordine al rischio per la salute delle persone, possono essere adottate misure di tutela del bene protetto ancor prima che risulti pienamente dimostrata l'esistenza e gravità delle fonti di rischio (cfr. C.d.S. sez. III n. 3.20.2019 n. 6655; TAR Sardegna sez. I 16.11.2020 n. 628)*».

[10] Rileva sul punto il giudice di primo grado, sulla scia di chiari precedenti giurisprudenziali (Cons. Stato, V, 25 maggio 2012, n. 3077) che «*il fatto che una situazione fonte di rischio sia protratta nel tempo non rende per questo illegittimo il provvedimento contingibile e urgente del Sindaco, atteso che in determinate situazioni il trascorrere del tempo o lo stato di perdurante rischio non elimina da sé il pericolo per la salute dei cittadini potendo viceversa aggravarlo*».

[11] Rileva il giudice di secondo grado che «Il potere in questione è icasticamente definito “derogatorio”, proprio per il peculiare tratto distintivo di “esorbitare” dalle regole che scandiscono l’attività amministrativa (ex multis, Cons. Stato, sez. II, 15 febbraio 2021, n. 1375; sez. IV, 11 gennaio 2021, n. 344; sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474; sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533).

Esso pone, perciò, delicati problemi di raccordo con il principio di legalità (...) del quale costituiscono corollari, per l’appunto, il principio di tipicità e nominatività dei poteri dell’amministrazione e il principio di competenza».

[12] Rileva, infatti, il giudice che «La panopia di rimedi predisposta dal legislatore non esaurisce il novero delle ipotesi nelle quali, astrattamente, la pubblica incolumità o la salute della collettività possono essere poste in pericolo o subire un danno dallo svolgimento di un’attività produttiva legittimamente autorizzata».

[13] Sul punto cfr. Cons. Stato, II, 11 luglio 2020, n. 4474; T.A.R. Campania, Napoli, 9 novembre 2020, n. 5066 «I presupposti per l’adozione dell’ordinanza contingibile e urgente risiedono nella sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall’ordinamento, nonché nella provvisorietà e nella temporaneità dei suoi effetti, nella proporzionalità del provvedimento, non essendo pertanto possibile adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità».

[14] Una prospettiva chiaramente delineata dallo stesso Consiglio di Stato, da ultimo nella decisione, IV, 11 gennaio 2021, n. 344 nella quale si sottolinea che «Il principio di precauzione, ferma restando l’assoluta rilevanza nel diritto ambientale interno ed eurounitario, non legittima di per sé, in difetto di specifiche disposizioni normative, l’esercizio da parte del Sindaco, di un potere “innominato” di inibizione di attività amministrative e/o economiche, qualora non sussista, con sufficiente certezza alcun pericolo attuale, concreto ed irreparabile per la pubblica incolumità, ed in particolare per la salute pubblica».

[15] Cons. Stato, II, 15 febbraio 2021, n. 1375.

[16] Nella sentenza in commento si sottolinea che «La giurisprudenza ha individuato ulteriori “presupposti” del potere di ordinanza quali, per l’appunto, la “straordinarietà dell’evento”, la sua “imprevedibilità (da ultimo, Cons. Stato, sez. II, 15 febbraio 2021, n. 1375; sez. V, 16 aprile 2019, n. 2495; anche allorché la situazione di emergenza fosse sorta in epoca antecedente, secondo Cons. Stato, sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474, o la situazione di incuria si fosse protratta da tempo, come in Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2006, n. 5639) oppure la “necessaria temporaneità della misura adottata” (sempre secondo Cons. Stato, sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474; Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4705, e, per tutti, Corte cost., 2 luglio 2016, n. 8; contra Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 828, secondo cui “nulla esclude che la specificità della situazione richieda l’adozione ... di misure di carattere definitivo, atteso che quello che rileva è l’idoneità della misura in relazione alla situazione da fronteggiare”; v. pure sez. IV, 9 novembre 2019, n. 7665; sez. V, 6 marzo 2013, n. 1372; sez. V, 25 maggio 2012, n. 3077; sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4402)».

[17] Il richiamo è alla Comunicazione nella quale si legge espressamente che «Il principio di precauzione presuppone: l’identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento; una valutazione scientifica del rischio che, per l’insufficienza dei dati, il loro carattere non concludente o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione» (15).

[18] In particolare, la Commissione rileva che «Una valutazione delle potenziali conseguenze dell’inazione e delle incertezze della valutazione scientifica dovrebbe essere compiuta dai responsabili al momento di decidere se intraprendere azioni basate sul principio di precauzione.

Tutte le parti in causa dovrebbero essere coinvolte nel modo più completo possibile nello studio delle varie opzioni di gestione del rischio, una volta che i risultati della valutazione scientifica e/o della valutazione del rischio siano disponibili. La procedura dovrebbe essere quanto più possibile trasparente» (17).

[19] Nella Comunicazione la Commissione richiama, accanto alle ipotesi di autorizzazione preventiva quei casi in cui «non è prevista una simile procedura [e] può spettare all’utilizzatore, persona privata, associazione di consumatori o di cittadini o al potere pubblico di dimostrare la natura di un pericolo e il livello di rischio di un prodotto o di un procedimento. Un’azione adottata in base al principio di precauzione può comportare in alcuni casi una clausola che preveda l’inversione dell’onere della prova sul produttore, il fabbricante o l’importatore; tuttavia, un tale obbligo non può essere sistematicamente previsto in quanto principio generale». (22)

[20] «La Commissione ritiene inoltre che qualunque decisione debba essere preceduta da un esame di tutti i dati scientifici disponibili e, se possibile, da una valutazione quanto più possibile obiettiva e completa del rischio. Decidere di ricorrere al principio di precauzione non significa che le misure siano fondate su base arbitraria o discriminatoria» (22).

[21] Sul punto cfr. CGUE, sentenze del 5 maggio 1998, cause C-157/96 e C-180/96 nella quale si sottolinea che «si deve ammettere, quando sussistono incertezze riguardo all’esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi» (punto 99 della motivazione).

Questa considerazione è corroborata dall'articolo 130R, n. 1, del Trattato CE, secondo il quale la protezione della salute umana rientra tra gli obiettivi della politica della Comunità in materia ambientale. Il n. 2 del medesimo articolo dispone che questa politica, che mira a un elevato livello di tutela, è fondata segnatamente sui principi della precauzione e dell'azione preventiva e che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie» (punto 100 della motivazione).

[22] Cons. Stato, III, 3 ottobre 2019, n. 6655.

[23] Cons. Stato, IV, 14 luglio 2020, n.4545; III, 7 maggio 2021, n. 3597.

[24] Sul punto il Giudice di secondo grado rileva come «L'unica criticità segnalata avente queste caratteristiche è quella relativa alla ritenuta insufficienza delle procedure predisposte dal gestore per l'individuazione e la correzione delle anomalie di funzionamento dell'attuale sistema di abbattimento delle polveri e alla necessità "non solo" di rispettare i tempi di installazione dei filtri a maniche, ma, anzi, di "anticiparli" e "accelerarli"».

[25] Nella motivazione si legge che «Ad una lettura di quest'atto [la nota del Ministero del 13 agosto 2020], emerge una congerie eterogenea di accadimenti, collegati all'attività dello stabilimento siderurgico e rilevanti, dunque, nell'anzidetta prospettiva del controllo sull'osservanza del titolo abilitativo o sulla necessità di una sua revisione, ma non attinenti alla legittimità del provvedimento gravato».

[26] «La sollecita anticipazione dell'adozione di alcune di queste misure (in particolare, dei filtri a maniche), evidenziata nella prima parte del provvedimento gravato (...) non risulta coercibile mediante l'adozione di provvedimenti "paralleli" a quelli invece preordinati alla loro pianificazione».

Tale anticipazione potrà avvenire, rebus sic stantibus e salvo ulteriori procedimenti di revisione del titolo, solamente con un ulteriore impegno assunto volontariamente dal gestore dell'impianto, in una prospettiva di pianificazione della complessa situazione sociale venutasi a creare a causa del problema di lungo corso che affligge la città di Taranto, e che tuttavia non esonera il giudicante dal dovere di valutare l'operato dei soggetti pubblici, e nella specie in particolare del Comune, applicando esclusivamente i parametri della legittimità amministrativa».

[27] Rileva sul punto il Giudice che «Con riferimento alla situazione attuale, le misure previste dal Piano risultano in corso di realizzazione e non emergono, dagli atti endoprocedimentali o dal provvedimento gravato, particolari ritardi o inadempimenti rispetto alla loro attuazione».

[28] Sul punto cfr. L. Giani, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio. Potere pubblico e gestione delle emergenze*, in AA.VV., *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, Napoli, 2018, 21-22, secondo cui «[L]a questione della "mancata previsione" [...] va ricondotta alla individuazione e contestualizzazione dei principi generali di "precauzione", "prevenzione" e "sostenibilità" letti attraverso la lente del principio di "responsabilità" rispetto al quale deve ritenersi superata la ritenuta irrilevanza etica del rapporto dell'uomo con "il mondo extraumano", fondata sulla non necessarietà, in favore di una impostazione che non può prescindere dalla valutazione delle conseguenze a lungo termine delle azioni umane, con il conseguente mutamento dell'imperativo categorico nel senso di non poter rischiare "il non essere delle generazioni future" garantendo la sostenibilità, anche per le generazioni presenti, delle scelte».

[29] Sul potere di ordinanza si veda, per tutti, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA* 2005, Milano, 2006, 16 ss.

[30] Si veda l'analisi condotta da S. Cimini, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, in AA.VV., *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., 99 ss.

[31] Sul punto sia consentito rinviare all'analisi condotta nel volume AA.VV., *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit.

[32] Sul punto cfr. L. Giani, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, cit., che, proprio in relazione, a tale rapporto specifica che si tratta di «Un percorso, dunque, che si colloca su un terreno di indagine assai delicato, nel quale la chiave di lettura va ricercata nel rapporto interferenziale che imporrebbe una necessaria e reciproca comunicazione fra i due, fino al punto di contribuire a determinare la prima i contenuti del secondo, o quanto meno quegli atti regolatori e provvedimentali che del secondo sono attuazione; definendo per tale via il rapporto che dovrebbe sussistere tra scienza e diritto, al fine di interrogarsi su alcuni profili problematici, primo fra tutti la incidenza che la prima dovrebbe avere sui contenuti del secondo, inteso in senso ampio, inclusivo della vasta gamma dei provvedimenti (anche non a carattere normativo) che possono essere assunti nel quadro dei diversi livelli di governo, senza determinare una automatica prevalenza del profilo economico» (18).

[33] 19° Considerando, Reg. 178/2002, cit.

[34] Il richiamo è a Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

[35] Sul punto si rinvia all'analisi condotta da P. Gargiulo, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica e sul contenuto dei principi di precauzione e di prevenzione nel diritto internazionale*, in AA.VV., *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., 31 ss.; F. De Leonardis, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in AA.VV., *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., 49 ss. Con specifico riferimento alla materia ambientale, W. Giulietti, *I principi di prevenzione e precauzione nella materia ambientale*, in AA.VV., *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., 237 ss.

[36] Parla di decalogo della precauzione F. De Leonardis, *op. cit.*: «Quando dunque l'art. 301 cod. amb. prevede espressamente che il rischio probabile è quello accertato come tale a seguito di una "valutazione scientifica obiettiva" si può dire che tale norma codifichi gli esiti di una copiosa giurisprudenza europea che si potrebbe sintetizzare in una sorta di "decalogo" della precauzione: 1) si deve sempre partire dai dati tecnico-scientifici disponibili; 2) i risultati da cui si parte devono essere recenti e devono essere rivisti assai spesso; 3) gli organi che si pronunciano sul rischio devono essere tecnicamente competenti (eccellenza dell'organo tecnico); 4) gli organi tecnici devono essere indipendenti (indipendenza dell'organo tecnico); 5) vi deve essere un numero ragionevole di pareri tecnico-scientifici; 6) per la decisione dell'organo tecnico collegiale non vale il principio della maggioranza; 7) l'onere della prova in ordine al rischio spetta alla p.a.; 8) occorre svolgere un'analisi costi benefici; 9) la misura deve essere proporzionata; 10) la motivazione deve dare ampio conto di quanto innanzi espresso» (67-68).

[37] Per questa distinzione si rinvia alle riflessioni di P. Dell'Anno, *Prevenzione dall'inquinamento ambientale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 206 ss.

[38] Si ricorda, infatti che i fatti che hanno dato origine al ricorso risalgono al 2019 quando viene trasmessa una valutazione di danno sanitario da parte di ARPA Puglia alle autorità competenti. A seguito della trasmissione di detto documento il Sindaco del Comune di Taranto ha richiesto al Ministero competente il riesame dell'AIA dello stabilimento emessa nel 2017, affinché fossero introdotte misure di tutela delle condizioni sanitarie. Nelle more del procedimento di revisione dell'AIA, avviato a seguito dell'istanza avanzata dal Comune di Taranto, si sono verificati due episodi emissivi a seguito dei quali l'amministrazione comunale si è rivolta all'APRA Puglia e alla ASL per ottenere delucidazioni sul profilo tecnico nonché indicazioni sulle «possibili azioni da intraprendere».

Contestualmente il Comune di Taranto si è rivolto al Ministero al fine di sollecitare una verifica sull'eventuale violazione dell'AIA, onde poter assumere le misure necessarie previste dall'art. 217 del r.d. 1265/1934. Nonostante il riscontro negativo offerto dal Ministero, a seguito del verificarsi di ulteriori episodi emissivi nel corso del 2020 il Comune ha adottato l'ordinanza all'origine del contenzioso in questa sede esaminato.

[39] TAR Campania, Napoli, V, 22 aprile 2020, n. 826. Sul punto, cfr., in senso contrario, Cons. Stato, II, 15 febbraio 2021, n. 1375 nella quale si afferma che «Il potere in discorso, come si è visto volto a fronteggiare situazioni di carattere eccezionale e imprevisto, costituente concreta minaccia per la pubblica incolumità, trova legittima espansione in presenza di un preventivo accertamento della situazione, fondato su prove concrete e non su mere presunzioni. I sopra indicati presupposti non ricorrono, laddove il Sindaco possa fronteggiare la situazione con rimedi di carattere corrente nell'esercizio ordinario dei suoi poteri, ovvero laddove la situazione possa essere prevenuta con i normali strumenti apprestati dall'ordinamento. Il ricorso allo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente trova, per effetto delle riferite coordinate interpretative, fondamento nella dimostrata presenza dell'esigenza di fronteggiare con immediatezza una situazione di natura eccezionale ed imprevedibile (in attesa dell'adozione delle misure ordinarie), ovvero una condizione di pericolo imminente al momento dell'adozione dell'ordinanza, indipendentemente dalla circostanza che la situazione di emergenza sia sorta in epoca antecedente».

[40] Sul punto cfr. C.R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the precautionary Principle*, Cambridge, 2005. Sulla portata del principio di precauzione cfr. Corte Giust. UE (Grande Sezione), 1.10.2019, *Mathieu Blaise e a.*, C-616/17, par. 41: «sebbene l'articolo 191, paragrafo 2, TFUE preveda che la politica in materia ambientale è fondata, in particolare, sul principio di precauzione, tale principio è applicabile anche nel contesto di altre politiche dell'Unione, segnatamente della politica di protezione della salute pubblica nonché quando le istituzioni dell'Unione europea adottano, nell'ambito della politica agricola comune o della politica del mercato interno, misure di protezione per la salute umana».

[41] Sulla correlazione logica tra i due principi cfr. Cons. St., sez. III, 9.3.2020, n. 1692, sul noto caso *Xylella fastidiosa*, che al punto 9.3. ribadisce che il principio di precauzione deve essere applicato «tenendo conto del principio di proporzionalità, in quale esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione e quelli adottati dalle amministrazioni nazionali in conseguenza non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno gravosa, e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti».

[42] Sul punto cfr. Cons. St., sez. II, 11.5.2020, n. 2964 che nel richiamare la Corte di Giustizia rileva che «la disciplina di tutela ambientale e della salute dei cittadini deve ritenersi ormai orientata da tale principio» e che lo stesso si sostanzia «quale obbligo giuridico di assicurare un elevato livello di tutela ambientale con l'adozione delle migliori tecnologie disponibili finalizzato ad anticipare la tutela, poi da apprestarsi in sede legislativa, a decorrere dal momento in cui si profili un danno da riparare, ai fini sia della sua prevenzione, ove possibile, sia del suo contenimento» (in senso analogo Cons. St., sez. II, 6.4.2020, n. 2248 e Cons. St., sez. IV, 18.7.2017, n. 3559).

In particolare, «[q]ualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito, a causa della natura non concludente dei risultati sugli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute pubblica nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive» (Cons. St., sez. III, 9.3.2020, n. 1692, che cita Corte Giust. UE, 17.12.2015, *Neptune Distribution SNC c. Ministre de l'Economie et des Finances*, C-157/14).

[43] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in particolare punto 9 dove si afferma che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Tra i numerosi commenti si rinvia a D. Pamelin, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO-Chevron*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017; D. Morana, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione In Cammino*, 2015; A. Ciervo, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2015, 134 ss.; B. Deidda – A. Natale, *Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso ILVA. Uno sguardo d'insieme*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2014, 67 ss.; A. Morelli, *Il decreto Iuva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2013, 7 ss. In senso contrario ai commenti richiamati V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, Sentenza n. 85 del 2013*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 3, 1494 ss. La Corte ha poi ribadito la medesima impostazione nella sentenza 182/2017 sulla quale cfr. E. Verdolini, *Il Caso ILVA Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 24.2.2018; D. Servetti, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Iuva di Taranto*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 193 ss.

[44] Sulla asimmetria prospettica tra i due giudizi si rinvia all'analisi svolta da A. Ruggieri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, in *Diritti Comparati*, 2012, 6; E. Scoditti, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2013, I, 788 ss.; R. Dickmann, *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e Cedu (dalle sent. nn. 348-349 del 2007 alla sent. n. 264 del 2012)*, in *federalismi.it*, 2013.

[45] P. Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, 1977, ora in ID., *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein, 1980, pp. 1 ss.

[46] Sul punto non si può non richiamare la giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di emissioni elettromagnetiche rispetto alle quali, a fronte del riconoscimento che «la massimizzazione della tutela dell'ambiente esigerebbe che non vi fosse alcuna emissione elettromagnetica artificiale e pertanto nessun apparato/antenna idonea a produrlo; quella al corretto assetto del territorio che non vi fossero pali, tralicci o altre strutture più o meno impattanti; quella della salute imporrebbe, sulla scorta del principio di precauzione, di evitare qualsiasi tipo di emissione elettromagnetica in quanto potenzialmente dannosa», il Giudice amministrativo ha statuito che: «posto che i dati scientifici attualmente a disposizione non dimostrano in modo certo che le emissioni elettromagnetiche siano dannose per la salute; posto che il principio di precauzione impone comunque di adottare ogni cautela in vista di danni ipoteticamente possibili, allora occorre definire i limiti oltre i quali, precauzionalmente, non sono legittime le emissioni. Tali limiti segnano la misura dell'incomprimibilità del diritto alla salute. La massimizzazione del diritto alla comunicazione troverebbe quindi in essi un primo confine invalicabile: le emissioni delle antenne dovranno essere sempre inferiori ai limiti cautelativi posti sulla base delle risultanze scientifiche anzidette. D'altra parte, dato che il diritto alla comunicazione non può essere arbitrariamente e ingiustificatamente compresso o limitato, le amministrazioni preposte al corretto governo del territorio dovranno trovare le soluzioni che di volta in volta meglio consentano il minor sacrificio dello stesso e, allo stesso tempo, la massima tutela del diritto alla comunicazione. Sorge quindi, a quest'ultimo proposito, la necessità di individuare un bilanciamento» (Cons Stato, VI, ord. 27 marzo 2019, n. 2033).

[47] Così G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, in particolare 14 il quale individua il diritto come «l'insieme delle condizioni entro il quale le attività pubbliche e private devono necessariamente essere collocate in vista di interessi materiali indisponibili. È un ordine oggettivo previsto per limitare la fluttuazione della volontà» (124).

[48] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, 125, in particolare 138 ss. dove a proposito del mutamento del rapporto tra uomo e ambiente, rileva che «la volontà non può essere tutelata come diritto senza limiti intrinseci poiché non è ormai più illimitato il campo fisico "naturale" in cui essa si esercita. (...) I diritti-volontà non si muovono, perciò, nell'assenza di limiti e regole, secondo la loro schematizzazione classica, quali residui dello Stato di libertà naturale compatibili con il pactum societatis. I diritti il cui esercizio incide sulla natura materiale del mondo presuppongono oggi, al contrario di un tempo, il riferimento a un quadro obiettivo entro i quali sono situati: per garantirne la sopravvivenza e assicurarne un'equa e generalizzata utilizzazione» (140).

[49] Significative, nella prospettiva proposta nel testo, le illuminanti parole di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit. (160) il quale sottolinea come «l'essere», illuminato dal principio, non contiene in sé, ancora, il suo "dover essere", cioè la sua regola, ma almeno l'indicazione di una direzione lungo la quale deve porsi la regola per non contravvenire al valore contenuto nel principio».

[50] Sul punto v. R. Cavallo Perin, in R. Cavallo Perin, A. Romano (a cura di), *Commentario breve al T.U sull'ordinamento degli Enti Locali*, Padova, 2006, 365.

[51] «Per il diritto, quindi il caso non è qualcosa che debba semplicemente essere registrato ma è qualcosa che deve essere risolto. La risoluzione è richiesta dall'esistenza del problema. Come in tutti i problemi, anche i problemi giuridici devono essere "compresi" (...) Ai fini dell'applicazione (e, ancor prima, dell'individuazione tramite l'interpretazione) della regola di diritto, la comprensione del caso presuppone che se ne intenda il "senso" e gli si dia un "valore" attraverso categorie, appunto, di senso e di valore di cui disponga l'interprete. La caratterizzazione del caso alla luce di esse indicherà così in quali direzioni e in vista di quali risultati dovrà cercarsi nell'ordinamento la regola adatta ad essere applicata» (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit. 187).

[52] «Il fatto, di per sé, nella sua semplice realtà storico-materiale (...) non avanza pretese, è muto e non postula alcuna "adeguatezza". Le cose cambiano, però, una volta che tale fatto sia sottoposto a quella categorizzazione attraverso la quale esso viene "inteso", "compreso" ed "aspirato"» (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 189).

[53] Sul punto cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, nota 29, 216. Una prospettiva ripresa da S. Cognetti, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 130; Id., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

[54] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 204. Il senso e la portata delle affermazioni richiamate nel testo emergono con estrema chiarezza dalle riflessioni svolte da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., il quale appunto sottolinea che «Nel concreto dell'applicazione giudiziaria, il carattere "ragionevole" del diritto viene in evidenza in entrambi i suoi momenti: nella categorizzazione dei casi alla luce dei principi e nella ricerca della regola da applicare al caso. Ragionevole è la categorizzazione dei fatti che tiene conto di tutti i principi che essi mettono in movimento; ragionevole è la regola, individuata entro le condizioni costringenti del diritto come ordinamento, che risponde alle esigenze del caso. Nella ricerca di questa complessiva "ragionevolezza" consiste l'opera di unificazione del diritto che è data come compito alla giurisprudenza».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1617 – 16 marzo 2021

Paesaggio e ricerca scientifica (nota a TAR Lazio - Roma, sez. II quater, n. 1080/2021).

di Giovanna Iacovone

Sommario: 1. Inquadramento del tema e della vicenda amministrativa e contenziosa - 2. Paesaggio e beni paesaggistici. Le ragioni della distinzione - 3. I criteri della necessaria ponderazione: proporzionalità e ragionevolezza. Rilevanza della ricerca scientifica

1. Inquadramento del tema e della vicenda amministrativa e contenziosa

La sentenza in commento consente di riflettere sulle molteplici declinazioni concettuali e normative del paesaggio mettendo a confronto l'evoluzione del concetto nei suoi diversi approdi evolutivi, tanto della legislazione quanto, alla luce di questa, della dottrina e della giurisprudenza.

Una sentenza che costituisce un ulteriore tassello, insieme alle diverse pronunce intervenute negli ultimi dieci anni a risolvere le numerose controversie aventi ad oggetto la messa in atto di un processo di tutela dell'intera Campagna romana, nella definizione di un quadro interpretativo di principi funzionali all'applicazione delle novità introdotte dal codice dei beni culturali e del paesaggio^[1].

Fa da sfondo, ma anche da chiave di volta, nella decisione del Tar Lazio il pensiero critico nei confronti della logica che si potrebbe definire dell'"ipervincolo" cui si connette il rischio

«di vincolare tutto per non tutelare nulla», e quindi la necessità di una gradazione di valore e del giusto discernimento tra vincoli utili e vincoli che possono essere non solo inutili ma talvolta anche produrre danni non giustificati in termini di proporzionalità e ragionevolezza, in un contesto di ponderazione di interessi.

Emerge l'intento di superare quella cultura che affida la qualità paesaggistica ad un gioco tutto difensivo e fondato sulle procedure vincolistiche, cercando di interpretare al meglio il contesto normativo e giuridico che nel corso dell'ultimo decennio è andato delineandosi.

La sentenza, dunque, offre una importante opportunità per contribuire al dibattito in corso circa i presupposti culturali e normativi con cui si produce, si tutela e si pone in valore il paesaggio di una nazione, così come di qualunque ambito territoriale e/o urbano.

Il contenzioso ha ad oggetto un vincolo paesaggistico di area vasta (di 1600 ettari) comprensivo di alcune aree di proprietà dell'Università della Tuscia su cui sono localizzati l'Orto Botanico, in cui si svolge l'attività istituzionale di didattica, di ricerca e di divulgazione scientifica, in particolare di coltivazione di specie vegetali da ogni parte del mondo (circa 20.000 esemplari di circa 2.500 specie) l'azienda Agraria Didattico-Sperimentale, (superficie di circa 30 ettari) per la ricerca e studio di tecnologie per il monitoraggio ambientale e la protezione delle colture[2].

La lesione prospettata dalla ricorrente a causa delle limitazioni imposte dal vincolo imposto, riguarda la preclusione delle proprie attività istituzionali e il cui svolgimento richiederebbe la trasformazione dell'area sia in termini di lavori (arature profonde) sia in termini di opere (demolizione e ricostruzione di un manufatto) funzionali alla ricerca[3].

L'ingiustizia del pregiudizio lamentato è ravvisata nella insussistenza, con riguardo alle aree di proprietà dell'Università, delle "caratteristiche tipiche del paesaggio agrario tradizionale della piana di Viterbo" idonee a postulare la dichiarazione di notevole interesse pubblico ai sensi dell'art. 136, comma 1, lett. c) e d) del d.lgs. n. 42 del 2004.

Il Tar ha annullato il provvedimento di vincolo in quanto affetto da un «deficit motivazionale» ravvisato nella non utilizzabilità dei principi posti a presidio della tutela del paesaggio inteso come "forma del territorio", e richiamati dall'Amministrazione resistente ai fini della giustificazione del vincolo, in quanto non idonei a dar conto «delle caratteristiche prescritte dall'art. 136 del Codice» e che costituiscono la "causa" «che giustifica l'assoggettamento del bene ad un particolare regime giuridico», in ragione «del loro interesse pubblico paesaggistico di grado "notevole" (giudizio di valore)».

Inoltre, trattandosi di un vincolo di area vasta, occorre dimostrare l'unitarietà del complesso paesaggistico vincolato, ossia un «nesso di continuità percettiva che giustifi[chi] l'assoggettamento a vincolo di un'enorme porzione di territorio». Infatti, secondo il giudice «un vincolo di tale estensione può essere ritenuto legittimo, non esorbitante, solo ove risulti "necessario" per non infrangere quel rapporto delle singole parti con l'insieme di appartenenza, che costituisce l'*unicum* oggetto di tutela».

Nel caso di specie, invece, non vi ha ravvisato «la sussistenza di quell'unitarietà di contesto paesaggistico affermata in modo generico ed assiomatico dall'Amministrazione, e non confortata dalla rappresentazione dei luoghi stessi».

In proposito il Tar rinvia a quella giurisprudenza che, nel caso di assoggettamento al vincolo paesaggistico di area vasta intende in senso molto rigoroso l'onere motivazionale^[4].

Il Tar, in particolare, non ha ritenuto conforme ai richiamati requisiti motivazionali la mera affermazione secondo cui lo stralcio avrebbe comportato “una destrutturazione dell’area e una sottrazione non coerente con gli obiettivi prefissati” a fronte di una situazione di fatto caratterizzata da «terreno totalmente pianeggiante» non identificabile, pertanto, alla stregua di “bellezza naturale” nei termini di cui all’art. 136 lett. d) che ivi prevede “le bellezze panoramiche [considerate come quadri] e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze”.

Né si è ritenuta «evincibile la presenza di elementi che possano indurre a ravvisarvi quel “complesso di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale”, contemplato dall’art. 136 lett. c) del Codice, risultando i luoghi [...] come un insieme di appezzamenti geometrici di terreno, variamente coltivati, che si “caratterizzano” per il comune aspetto di “campi coltivati come tanti” presenti nella campagna laziale, privi di peculiarità specifiche o di evidente pregio intrinseco».

Ulteriore illegittimità del provvedimento di vincolo è stata ravvisata nella mancata ponderazione, in termini di ragionevolezza e proporzionalità, del contrapposto interesse pubblico perseguito dall’Università, che verrebbe ad essere totalmente sacrificato dall’assoggettamento a vincolo di aree mediante le quali realizza scopi istituzionali di didattica, di ricerca e di divulgazione scientifica.

Un interesse tanto più rilevante in quanto connesso alla persistenza della qualità di paesaggio agrario che «proprio a causa del vincolo, potrebbe rischiare di perdere quelle qualità [...] “di rilevante valore” che si vorrebbero salvaguardare, data l’incombente minaccia dell’abbandono delle coltivazioni».

Significativamente si osserva che tale ponderazione è implicitamente richiesta proprio dal legislatore allorché «esige, per la sottrazione del bene alla sua naturale destinazione, che questo rivesta non solo interesse paesaggistico come “bellezza naturale” secondo le categorie declinate dalla stessa disposizione, ma che questo sia presente in grado “notevole” (come già indicato dal legislatore del 1939 e dal regolamento del 1940), proprio perché il “sacrificio” imposto ad altri interessi (in questo caso di rilevante interesse pubblico essi stessi) deve trovare una “ragione adeguata” nell’esigenza di assicurare la tutela di un bene giuridico di valore preminente, che non può essere offerta altrimenti, e che costituisce la “giusta causa” del provvedimento di vincolo».

Dalla ricostruzione che precede emerge che le questioni rilevanti intorno alle quali il Tar ha focalizzato la riflessione ai fini del decidere sono sostanzialmente due, ma strettamente connesse ai fini dell’iter logico-argomentativo.

Innanzitutto viene in rilievo l’ormai acquisita distinzione giuridica tra regole di salvaguardia e di tutela relative, rispettivamente, alla presupposta differenziazione tra paesaggio e beni paesaggistici, questi ultimi a loro volta articolati a seconda della loro riconducibilità alle “bellezze di natura”, ai sensi dell’art. 136 del codice, o ai beni ambientali-culturali di cui all’art. 142 (c.d. beni paesaggistici diffusi, tutelati *ex lege*).

L'ulteriore tema affrontato dal giudice amministrativo riguarda la ponderazione valutativa secondo i canoni della proporzionalità^[5] e ragionevolezza^[6] che avrebbe dovuto guidare l'Amministrazione resistente nella considerazione degli interessi in gioco per giungere alla sottrazione del bene dichiarato di notevole interesse pubblico alla sua «naturale destinazione».

Di entrambi i profili si cercherà di dare specificamente conto nei paragrafi seguenti.

2. Paesaggio e beni paesaggistici. Le ragioni della distinzione

La dichiarazione di notevole interesse pubblico ai sensi dell'art. 136 lett. c) e d) del d.lgs. n. 42 del 2004, classifica le aree in contestazione come "Paesaggio dell'Insediamento storico diffuso" e "Paesaggio agrario di rilevante valore" integrando, in sede di vestizione del vincolo, le prescrizioni del P.T.P.R. adottato con diverse prescrizioni con l'obiettivo di «conservarne l'originaria destinazione d'uso, salvaguardare le aree circostanti, i tipi e i metodi di coltivazione tradizionali e le attività compatibili con le tradizioni tipiche^[7]».

Il Tar, proprio avvalendosi dei riferimenti all'art. 131 del d.lgs n. 42 del 2004 su cui indugia il MiBAC nella sua relazione generale al vincolo, fonda gran parte della decisione sulla differenziazione tra paesaggio inteso come "forma del territorio", la cui identificazione e obiettivi di salvaguardia con i relativi principi sono rimessi dal legislatore all'art. 131, commi 1,2,4,5 e 6 del codice, e beni paesaggistici espressamente riconosciuti al comma 2 dello stesso articolo ed elencati all'art. 134, nonché meglio specificati agli artt. 136 e 142 del codice medesimo.

Preliminarmente all'esame del merito, infatti, il giudice amministrativo, accogliendo l'evoluzione delle riflessioni della dottrina sul tema, si sofferma in una lunga e densa premessa interpretativa delle norme appena richiamate, rilevando in primo luogo che l'art. 131 del codice ha accolto preliminarmente un concetto di paesaggio inteso come "forma del territorio "come percepito nel suo valore identitario dalle Comunità che vi abitano e lavorano, riconoscendo tra i paesaggi anche quelli "della vita quotidiana", che senza avere caratteri di pregio, "tuttavia raccontano una loro storia e presentano una loro identità".

Il paesaggio, dunque, come luogo utile e dinamico, «che si interroga cioè sui nuovi comportamenti umani che stabiliscono centralità e identità nella vita di una collettività^[8]».

Così inteso, conformemente ai principi sottoscritti nella Convenzione europea^[9], il paesaggio deve intendersi come luogo fortemente creativo ed innovativo, che sperimenta materiali e tecniche nella ricerca di nuove sintassi e nuove grammatiche per rimettere in gioco ambienti altrimenti perduti e destinati al degrado^[10].

Il paesaggio come processo in ininterrotta evoluzione, come corpo vivente, frutto del rapporto tra territorio e società e dunque, sotto tale profilo, espressione dell'identità culturale della comunità di riferimento, era stato configurato sin dal 1985 dalla l. n. 431 che aveva ottenuto al riguardo l'avallo della Corte costituzionale^[11].

Come noto, un fondamentale ruolo, nello scardinare interpretazioni consolidate e nell'anticipare l'evoluzione legislativa, ha rivestito l'intuizione di Predieri che avvalendosi

della preziosa contaminazione tra saperi e discipline diverse giunge ad affermare che «la tutela del paesaggio...non è solo la conservazione delle bellezze naturali..., ma la più ampia tutela (non limitata alla conservazione) della forma del territorio creata dalla comunità umana che vi è insediata, come continua interazione della natura e dell'uomo, come forma dell'ambiente, e quindi volta alla tutela dello stesso ambiente naturale modificato dall'uomo, dato che in Italia, quasi dappertutto, al di fuori di ristrettissime aree alpine o marine, non può parlarsi di un ambiente naturale senza presenza umana»[12].

La lettura innovativa di Predieri, subito condivisa dalla dottrina[13] e più tardi ripresa dalla giurisprudenza[14], appare molto utile, ai fini del presente commento, anche con riguardo ad un'altra implicazione accolta dal giudice amministrativo, ossia l'abbandono della nozione di tutela limitata alla mera tutela statica e conservativa di alcuni con visuali fissi, oggetto di contemplazione, da esprimersi attraverso divieti e limitazioni.

Una specificazione, quest'ultima, tenuta in particolare considerazione dal Tar nel caso in esame, in cui il compendio immobiliare è stato assoggettato a vincolo ai sensi dell'art. 136 lett.c) del Codice (oltre che dell'art. 136, lett. d) come bellezza panoramica o punto di vista panoramico, per sottolineare una presa di posizione in favore della distinzione tra paesaggio e beni paesaggistici.

Infatti, nella direzione delineata dalla dottrina e dalla giurisprudenza il giudice di primo grado ha ricostruito il vigente quadro normativo attraverso una interpretazione volta ad uscire da eventuali residue ambiguità applicative del codice sul paesaggio, retaggio di posizioni abbandonate sul piano delle definizioni, ma ancora presenti in una cultura che stenta ad accettare, nella sostanza, quell'idea dinamica di salvaguardia che non è strettamente dipendente dall'apposizione del vincolo, bensì da quell'uso consapevole del territorio di cui al 6° comma dell'art.131 che va oltre il l'impostazione conservativa della tutela paesaggistica solo attraverso il vincolo.

Al riguardo, infatti, il Tar afferma che *«L'impostazione conservativa della tutela dei beni paesaggistici sancita nell'ultima versione del Codice, unitamente alla perdita di rango del "principio dello sviluppo sostenibile", rischia di risultare controproducente rispetto alle stesse finalità prefissate, come evidenziato dalla dottrina, specie nei confronti di alcuni tipi di paesaggio – in particolare con riferimento al paesaggio agrario, che costituisce un "bene paesaggistico vivo e dinamico", che si modifica per il solo agire delle forze della natura – che finirebbero per essere addirittura danneggiati da vincoli troppo stringenti che ne impedissero lo sfruttamento con una sufficiente redditività, determinandone l'abbandono ed il ritorno a selva incolta dei relativi terreni.*

Pertanto, se da un lato si valorizza l'esigenza di protezione del paesaggio agrario, anche al fine di contenere quel fenomeno di espansione della città verso la periferia (che comporta il parallelo degrado dei centri storici che vengono, per conseguenza, ad essere abbandonati), dall'altro lato, rischia di essere compromesso da vincoli eccessivamente rigidi, che ne limitino la naturale vocazione produttiva, imponendo determinate coltivazioni non più redditizie a causa della globalizzazione dei mercati agricoli, contribuendo al grave fenomeno dell'abbandono dei campi. Si tratta dei cd. "effetti perversi del vincolo", che costituiscono una minaccia sia per i beni paesaggistici sia per i beni culturali immobili...».

Conseguentemente, il provvedimento giurisdizionale è molto chiaro nell'affermare che il valore identitario proprio del concetto di "paesaggio" *«non è di per sé sufficiente per assoggettare un immobile o un'area al vincolo di tutela previsto dall'art. 136, essendo a tal fine richiesto anche, come requisito*

cumulativo, che si aggiunge al requisito proprio, quello del valore intrinseco dell'oggetto, del sito da tutelare, come "luogo dell'anima" o come "bellezza naturale" (nelle diverse declinazioni del "borgo pittoresco", del sublime delle vette delle montagne o dell'orrido, della "curiosità" di una bizzarria della natura etc.), che costituisce una condizione indefettibile che non è stata "superata" dalla nuova concezione di paesaggio (che include anche la categoria del "bello di natura" oltre che i beni ambientali diffusi e lo stesso paesaggio-territorio privo di qualità). [...] E ciò vale persino per quei beni paesaggistici "identitari" per eccellenza, quali i centri storici "dal caratteristico aspetto", di cui all'art. 136 lett. c) del Codice, per i quali la dottrina ha chiarito che l'endiadi "valore estetico e tradizionale" va intesa nel senso del doppio requisito, dovendo il giudizio sul notevole interesse

paesaggistico soddisfare non solo il criterio "tradizionale", ma anche quello "estetico", trattandosi di requisiti cumulativamente richiesti.[...]. È pertanto richiesto un quid pluris, oltre al tradizionale aspetto, alla caratteristica identitaria, anche per classificare il "paesaggio agrario" - cioè quella parte di territorio caratterizzato da "naturale vocazione agricola" - nell'ambito di paesaggio agrario "di rilevante valore", che presuppone che sia soddisfatto anche l'ulteriore e specifico requisito del "rilevante valore paesistico per l'eccellenza dell'aspetto percettivo, scenico e panoramico", come precisato dall'art. 24 delle Norme del PTPR».

Sembra dunque di poter affermare che il valore identitario costituisca il minimo comune denominatore, quel filo rosso che unisce il paesaggio e il bene paesaggistico, in un rapporto tra genere e specie. La distinzione, invece, consisterebbe nella "causa" del vincolo costituita dalle «ragioni dell'estetica», rilevanti anche per stabilire il grado di valore del bene protetto e per differenziare la gravosità del regime giuridico vincolistico grazie alla disciplina contenuta nella c.d. "vestizione".

Il valore identitario dei luoghi, ove riferito ai beni paesaggistici, costituirebbe, secondo l'orientamento giurisprudenziale in commento, «un motivo "aggiuntivo", incidente sulla dimensione territoriale della sua rilevanza (per cui alcuni meritano di essere tutelati in funzione della loro rilevanza nazionale, mentre altri sono di interesse solo regionale, o addirittura locale: a parità di spettacolarità della veduta, un conto è l'ermo colle di Leopardi, ed altro conto è, pur con l'analoga configurazione, quella di Colle Amato oppure di Colle Paganello, che sono di particolare "affezione" per il loro valore "identitario" per i fabrianesi, ma non per gli jesini)».

Particolare interesse riveste, altresì, proprio la necessità di graduare il regime vincolistico attraverso le specifiche prescrizioni d'uso per evitare di incorrere in quegli "eccessi di tutela" non giustificati (un rischio sempre più incombente in un contesto di crescente espansione delle categorie dei beni da tutela e di intensificazione dell'attività vincolistica) ed addirittura in talune occasioni controproducenti rispetto alle stesse finalità di tutela perseguite.

3. I criteri della necessaria ponderazione: proporzionalità e ragionevolezza. Rilevanza della ricerca scientifica

Viene in rilievo, così, l'ulteriore essenziale profilo sopra anticipato, ossia il richiamo ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, strettamente connessi e fondanti il complessivo ragionamento che ha condotto il Tar ad annullare il vincolo.

I due principi costituiscono un essenziale supporto, nelle loro diverse declinazioni, alle argomentazioni della sentenza volte a mettere in discussione il percorso logico seguito dalla

pubblica Amministrazione metodologicamente incentrato sulla coerenza e congruità del bilanciamento di interessi.

Il tema riveste particolare interesse proprio in quanto riferito ad un provvedimento di vincolo paesaggistico, in cui quindi la valutazione è svolta sulla base di parametri classicamente afferenti la discrezionalità tecnica.

Il giudice amministrativo, infatti, costruisce il suo orientamento valorizzando, ai fini dell'operatività di tali principi, quel profilo "sogettivo" nel cui ambito vengono annoverate tematiche attinenti all'esito del processo decisionale, riguardanti l'accertamento e la valutazione dei dati di fatto rilevanti, la scelta oculata e la ponderazione degli interessi, nonché (ma non meno rilevante) la individuazione concreta del fine in rapporto alle peculiarità del caso da decidere.

In particolare, si sottolinea nella sentenza, proporzionalità e ragionevolezza sono apparsi rilevanti ai fini del decidere *«in quanto hanno acquisito sempre più considerazione nel settore in esame a seguito della trasformazione del provvedimento di vincolo da atto meramente "dichiarativo" dell'interesse paesaggistico "notevole" ex art. 136 ad atto che prescrive direttamente le modalità di gestione dello stesso, indicandone le trasformazioni e gli usi compatibili (come già previsto dallo stesso legislatore del 1939 e dal regolamento del 1940); tale trasformazione ha reso non più attuale la contrapposizione tra il momento della "valutazione tecnica" (operata sulla base della "monorotaia del solo interesse culturale-paesaggistico") che caratterizzava la prima fase (in cui l'Autorità è chiamata a verificare le caratteristiche del bene ed il loro grado al fine di "dichiararlo" bene culturale o paesaggistico) – cioè a "verificare" l'esistenza dei "presupposti di fatto" per l'assoggettamento del bene a vincolo (si fa per dire, dato che trattasi di "giudizio di valore" e non di "giudizio di fatto") - e la successiva fase della "gestione del vincolo" – che attiene propriamente alle "scelte d'azione" – in cui si ammette invece la presenza di un momento di "valutazione discrezionale" anche di altri interessi co-primari concomitanti»*.

Ed infatti i principi di ragionevolezza e proporzionalità sono stati primariamente considerati quali criteri, e relativi parametri di giudizio, idonei a svolgere una valutazione funzionale a graduare la disciplina limitativa in relazione alla gravosità del vincolo, cercando così di dare un senso reale ed una effettiva utilità, in termini di efficacia ed efficienza, a quelle "prescrizioni d'uso" (il c.d. vincolo vestito) che il legislatore richiede in relazione al giusto grado di incidenza degli effetti, sia sfavorevoli che favorevoli, della disciplina medesima sugli interessi coinvolti.

In stretta sintonia si pone l'ulteriore considerazione, «in una prospettiva di ragionevolezza e proporzionalità», secondo cui la preesistenza di altri vincoli incombenti su aree adiacenti a quella oggetto del contenzioso, lungi dall'avallare la legittimità del provvedimento, avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione resistente ad una attenta valutazione dell'operatività dei vincoli già esistenti al fine di «stabilire se e quanto consentano di assicurare un'adeguata tutela al bene in contestazione, approfondendo, in un'ottica comparativa delle diverse misure alternative possibili, se e come la nuova misura risulti a tal fine "necessaria" (secondo test di proporzionalità), non potendo la stessa finalità essere conseguita con la misura di protezione alternativa più lieve (cioè come zona di interesse archeologico).

Infine, ma in realtà determinante in quanto assurdo con la sentenza in commento al ruolo di "terzo test di proporzionalità", dunque quale "giusto punto di equilibrio degli interessi in gioco", la mancata considerazione da parte dell'Amministrazione deputata alla tutela del

paesaggio delle conseguenze discendenti dall'aggravamento del regime del vincolo sull'interesse pubblico perseguito dall'esercizio dei compiti istituzionali dell'Università, ossia la didattica e la ricerca che dall'assoggettamento al vincolo paesaggistico verrebbero irrimediabilmente sacrificati.

La peculiarità riguarda proprio la tipologia di interessi di cui il Tar ha dovuto constatare la concreta contrapposizione, la ricerca scientifica e il patrimonio culturale, che in quanto garantiti dalla medesima norma costituzionale non dovrebbero, in astratto, confliggere in quanto orientati al perseguimento di un fine unitariamente considerato dal costituente e dunque immanentemente affini, "consanguinei".

Sembrerebbe di assistere ad una vicenda analoga a quella che talvolta ha visto entrare in collisione la nozione di paesaggio con quella di ambiente, seppure entrambe riconducibili entro l'egida dell'art. 9 della Costituzione, come ad esempio avviene sovente quando si tratta di valutare la compatibilità paesaggistica di impianti di produzione di energia rinnovabile che rispondono ad esigenze di tutela delle matrici ambientali, ma che possono risultare conflittuali con la tutela del paesaggio inteso nel senso identitario culturale^[15].

Si potrebbe così essere indotti a pensare ad un confronto dagli incerti equilibri e dai variabili rapporti di forza che rischia di rendere a loro volta instabili i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, mettendone in discussione il ruolo di categorie del diritto amministrativo.

In realtà, se è vero che la Corte costituzionale ha individuato nel paesaggio un valore primario, in quanto tale «insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro»^[16], è altrettanto vero che la portata della primarietà e assolutezza sono state specificate affermando che «questa primarietà non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni»^[17].

Sul punto, infatti, il Tar non rinuncia a sottolineare che l'area in questione, «proprio a causa del vincolo potrebbe perdere quelle qualità di paesaggio agrario "di rilevante valore" che si vorrebbero salvaguardare, data l'incombente minaccia dell'abbandono delle coltivazioni» determinato dalla impossibilità di continuare a svolgere quell'attività di ricerca e di didattica la cui libertà nei contenuti è, peraltro, ugualmente tutelata dalla Costituzione.

Sembra dunque di poter concludere che nel caso di specie, il giudice amministrativo abbia ritenuto che la *qualitas* di valore primario e assoluto non solo include, le due "anime" della nozione di paesaggio, ma risale al macro valore della cultura, al cui interno eventuali contrasti non avrebbero potuto che essere risolti sul piano della ragionevolezza attraverso un bilanciamento in sede procedimentale, «luogo elettivo di composizione tra i diversi interessi coinvolti, tutti costituzionalmente rilevanti»^[18].

[1] Ne dà atto S. Amorosino, *Il T.A.R. Lazio legittima il maxi vincolo paesaggistico sull'Agro Romano (nota alle sentenze n. 33362, 33363, 33364 e 33365/2010)*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc.5, 2011, p. 187 ss.

[2] La localizzazione e la consistenza dei terreni interessati dal vincolo in contestazione, nonché il carattere e l'aspetto che ne caratterizzano la morfologia, sono esattamente evincibili dalla Relazione di accompagnamento al vincolo e dalla relativa documentazione, da cui si evince, come attestato in sentenza «la scomposizione dell'area in quattro parti unitarie: quella della sorgente del Bullicame – con le caratteristiche puntualmente evidenziate nella Relazione di accompagnamento al vincolo - al di sotto della quale è sito l'orto botanico – del pari descritto nella medesima Relazione -; dallo stesso lato del

Bullicame è sita l'azienda agricola – non oggetto di specifica descrizione nel predetto documento – adeguatamente inquadrabile per la sua caratteristica di terreno pianeggiante, geometricamente diviso in particelle separate, destinate alle diverse coltivazioni, dall'aspetto “comune” dei tanti campi coltivati nella nostra Regione. Sull'altro lato della strada, sorge la collina di Riello, con la necropoli etrusca e la presenza della romana Sorrina Nuova, oggetto di particolare attenzione nella Relazione in parola. In sostanza l'azienda agricola è sita tra il Bullicame (a sinistra) e la collina di Riello (a destra), e l'esattezza della sua collocazione, la sua conformazione e la sua consistenza trovano conferma nelle immagini delle riprese satellitari disponibili su *google maps* e dalla visione dei luoghi tramite la funzione *street view*, che induce ad escludere eventuali errori per quanto riguarda la percezione dello stato dei luoghi».

[3] A p. 3 della sentenza in commento si legge che «l'Azienda Agraria Didattico-Sperimentale, attiva dal 1981 (superficie di circa 30 ettari) per la ricerca e studio di tecnologie per il monitoraggio ambientale e la protezione delle colture, con necessità di opere di adattamento del terreno (con aratura in profondità anche superiore a 40 cm concimazione, esecuzione di buche per l'impianto di strutture di sostegno) e modifiche (con creazione di pendenze per studiare fenomeni di deflusso ed erosione mediante simulazioni di pioggia), allestimento di strutture metalliche di raccolta e studio delle precipitazioni, stazione per la misura dei dati climatici etc.».

[4] Si richiama, in particolare, Cons. St., sez. VI, n. 2309 del 2018 che ha annullato il provvedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'ambito meridionale dell'Agro romano condividendo la non adeguatezza argomentativa del MIBAC nel rigettare le osservazioni avverso l'imposizione del vincolo.

[5] Tra tanti e importanti contributi al tema, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

[6] Sulla ragionevolezza quale canone decisionale della pubblica amministrazione P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993.

[7] Cfr. p. 1 delle norme allegate al decreto di vincolo del 25 luglio 2019, oggetto del gravame.

[8] F. Zagari, *Questo è paesaggio. 48 definizioni*, Roma, 2006, p.80.

[9] Art. 2 della Convenzione europea del paesaggio e, più in generale il riferimento contenuto nel Preambolo sia ai paesaggi della vita quotidiana, sia agli importanti fattori di trasformazione, tra cui le tecniche di produzione agricola. Sul tema, D. Sorace, *Paesaggio e paesaggi nella Convenzione Europea*, in *Convenzione Europea del paesaggio e governo del territorio* a cura di GF Cartei, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 18-22.

[10] E. BOSCOLO, in *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urb. app* n. 7/2008, p. 798

[11] Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, in *www.giurcost.org*. Si veda in proposito M. Immordino, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, p. 986, in cui l'Autrice rileva l'innovatività di tale configurazione, delineata con largo anticipo sulla previsione contenuta nell'art. 131, comma 2, del d.lgs. n. 42 del 2004.

[12] A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in ID., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano, 1969, part. 3-6, i cui risultati, nei termini riportati in testo, furono sintetizzati e ribaditi dall'A. in *La regolazione giuridica degli insediamenti turistici e residenziali nelle zone alpine*, in *Foro amm.*, 1970, III, p. 360, nonché nella voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 503.

[13] Si pensi a G. Ghetti, *Prospettive giuridiche della tutela del paesaggio negli ordinamenti regionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1527; F. Merusi, *Commento all'art. 9 della Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli – Roma, Soc. ed. del Foro italiano, 1975, pp. 434-460; F. Levi, Italia, in ID. (a cura di), *La tutela del paesaggio. Studi di diritto pubblico comparato*, Torino, 1979, pp. 1-45. Tale tesi, poi definita integrale (V.G. Severini, La tutela costituzionale del paesaggio, (art.9 Cost.), in S. Battini, L. Casini – G. Vesperi – C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica, I Codici commentati*, Torino, 2013, p.33) ha finito con il sostituire la c.d. tesi “statica” o “storico-riduttiva” e su cui A.M. Sandulli, La tutela del paesaggio nella Costituzione, in *Riv. giur. ed.*, II/1967

[14] Oltre alla sentenza n. 151 del 1986, cit., qualche mese prima la Corte costituzionale, con la sentenza n. 39 del 3 marzo (in *www.giurcost.org*) aveva affermato che la nozione di paesaggio «è comprensiva di ogni elemento naturale ed umano attinente alla forma esteriore del territorio». Sul tema M. A. Sandulli, *Il paesaggio nel Codice dei Beni Culturali: prospettive di riforma*, in *Atti del convegno AIDU svoltosi a Parma il 18 novembre 2005*, Napoli, 2006.

[15] Si veda sul punto P. Carpentieri, *Paesaggio contro ambiente*, in *Urb. e App.*, 2005, n. 8, p. 931 ss.; Id., *Eolico e paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, p. 326 ss.

[16] Corte cost., 24 giugno 2004, n.196, in *www.giurcost.org*.

[17] Corte cost., ult. cit., nella parte in diritto.

[18] Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69, 6.1; sui criteri che presidono al bilanciamento, Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, p.1 e 3.2.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1835 – 2 luglio 2021

Prime osservazioni al Decreto “Semplificazioni bis” 31.05.2021 n. 77: il regime dei progetti finanziati in tutto o in parte con le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza e del Piano nazionale per gli investimenti complementari

di Lidia Maria La Rocca

Sommario: 1. Le linee di fondo del provvedimento - 2. Le nuove procedure in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto e di interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR o del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR - 3. Le misure acceleratorie - 4. Misure per la fase di esecuzione dei contratti - 5. Le ulteriori misure funzionali agli obiettivi di coesione sociale.

1. Le linee di fondo del provvedimento

Con il D.L. n. 77/2021^[1] il Governo ha varato un robusto plesso di norme volte, come da epigrafe del provvedimento^[2], ad assicurare la “*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza*” e ad apprestare le “*prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”.

Tutte le misure adottate rispondono, come affermato all’art. 1 del decreto, all’esigenza di assicurare la “*sollecita e puntuale*” realizzazione degli interventi inclusi nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (da porre in essere – secondo le disposizioni comunitarie inerenti al “*Recovery and Resilience Facility*”, RRF^[3]– nell’arco di sei anni, dal 2021 al 2026), nonché nel Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al D.L. 6.03.2021 n. 59 e nel Piano nazionale integrato per l’energia e il clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11.12.2018.

A tale fondamentale obiettivo di rispetto della tempistica e degli adempimenti comunitari che presiedono all'impiego delle straordinarie risorse[4] messe a disposizione al fine di riparare i danni economici e sociali della crisi pandemica (oltre che al fine di contribuire a risolvere le debolezze strutturali dell'economia italiana, e ad accompagnare il Paese su un percorso di transizione ecologica e ambientale), si correla la scelta del Governo di introdurre, unitamente a fondamentali organismi di raccordo ed indirizzo[5] ed a presidi di controllo[6], generali misure di snellimento e velocizzazione dell'azione amministrativa[7] e dei procedimenti autorizzativi, nonché numerose disposizioni destinate a facilitare il raggiungimento degli obiettivi del Piano nel settore, nevralgico per gli investimenti, degli appalti pubblici.

Per tale ultimo comparto, la scelta di fondo è stata quella di non procedere a modifiche strutturali del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ma di individuare – in linea con la precedente normativa derogatoria già introdotta in concomitanza dell'emergenza pandemica[8] - delle specifiche normative “speciali” o procedimenti *ad hoc* (improntati essenzialmente a semplificazione delle fasi ed accelerazione dei tempi, ma anche al soddisfacimento degli altri obiettivi del Piano) dedicati alle opere di particolare complessità o di rilevante impatto individuate dal decreto medesimo, ovvero ai progetti finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e con quelle del Piano nazionale per gli investimenti complementari.

A fianco di tali previsioni “mirate”, definite dalla tipologia degli interventi da realizzarsi, si è poi scelto di prorogare talune delle disposizioni eccezionali e “a termine” in precedenza introdotte dal D.L. 16.07.2020 n. 76 (“semplificazioni”)[9] e talune delle misure “sperimentali” (sempre a termine) introdotte dal D.L. 18.04.2019 n. 32 (“sblocca cantieri”)[10]; mentre poche sono le modifiche “strutturali” apportate al Codice dei contratti pubblici[11], sicchè – come già da più parti rilevato – appare confermata la tendenza normativa a rendere sempre meno centrale la disciplina organica dei contratti pubblici dettata dal D. Lgs. N. 50/2016, con tutto ciò che inevitabilmente ne consegue in termini di sovrapposizione tra regime “ordinario” e regimi “speciali” di disciplina e di possibili incertezze applicative, in antitesi rispetto allo stesso obiettivo di semplificazione dichiaratamente perseguito[12].

Nell'estrema varietà delle disposizioni e degli istituti contemplati dal decreto, si andranno di seguito ad esaminare i principali aspetti di specialità della disciplina espressamente riservata ai soli contratti pubblici finanziati nell'ambito del PNRR o del PNC (Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR).

2. Le nuove procedure in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto e di interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR o del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR

Per tutte e le opere e gli interventi ricollegabili al PNRR il D.L. n. 77/2021 introduce svariati istituti chiaramente finalizzati a rendere efficace e tempestiva l'azione delle Amministrazioni preposte e a semplificare i procedimenti autorizzativi.

Si prevedono, a tal fine, meccanismi di rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti[13], importanti poteri sostitutivi nella fase di esecuzione dei progetti[14],

forme di semplificazione ed al superamento dei dissensi in grado di precludere, in tutto o in parte, la realizzazione di un intervento rientrante nel PNR[15].

Agli obiettivi di semplificazione, che senz'altro rivestono un ruolo preponderante nel complessivo impianto normativo, si affiancano tuttavia ulteriori esigenze legate al raggiungimento di altri obiettivi più a lungo termine e di "sistema" del Piano, che valgono anch'esse (e forse più delle prime) a delineare la "filosofia" delle misure varate.

3. Le misure acceleratorie

Il Titolo III della Parte II del decreto individua poi la "Procedura speciale per alcuni progetti PNRR", individuando – all'art. 44 – un percorso accelerato e semplificato per l'approvazione di una serie predeterminata di opere, indicate nell'Allegato IV del decreto, da realizzarsi assolutamente nei tempi previsti dai Regolamenti (UE) 2021/240 e 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché dal D.L. n. 59 del 2021. Tale procedimento "ad hoc" si caratterizza per una interlocuzione preliminare tra la stazione appaltante ed il Consiglio superiore dei lavori pubblici propedeutica alla approvazione del progetto di fattibilità tecnico ed economica di cui all'art. 27 del D. Lgs. n. 50/2016, con contestuale indizione di una conferenza di servizi all'interno della quale acquisire e valutare le prescrizioni e direttive impartite dal citato Consiglio e destinata a concludersi con una determinazione conclusiva avente effetto di variante agli strumenti urbanistici vigenti ed assoggettamento delle aree a vincolo espropriativo. Il progetto così approvato viene indi trasmesso al Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici[16], con previsione di un meccanismo di superamento del dissenso innanzi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, per poi pervenire alla indizione della procedura di aggiudicazione da parte della stazione appaltante.

Il successivo Titolo IV del decreto (rubricato "Contratti pubblici") reca poi ulteriori innovativi aspetti di disciplina delle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC.

Con riferimento alla procedura di affidamento di tali contratti, invero, l'art. 48, oltre a prevedere (al comma 1) l'applicazione dell'elevazione fino al 30% dell'anticipazione prevista dall'art. 207, comma 1, del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, delinea incisive misure semplificatorie, con una disciplina che trova i propri punti qualificanti nella designazione di un responsabile unico del procedimento preposto a validare ed approvare ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, ferme restando le previsioni dell'art. 26, comma 6, del Codice dei contratti[17]; nella possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere "nella misura strettamente necessaria" alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara di cui all'art. 63 del Codice (e dell'art. 125 per i settori speciali) quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie possa compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea; nella ammissibilità, in deroga a quanto previsto dall'articolo 59, commi 1, 1-bis e 1ter, del Codice,

dell'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'articolo 23, comma 5, del Codice medesimo[18]; nella introduzione di una deroga al disposto dell'art. 215 del Codice riguardo al parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici[19].

L'art. 53 del D.L. n. 77/2021 prevede poi una procedura semplificata per gli acquisti di beni e servizi informatici strumentali alla realizzazione del PNRR e in materia di procedure di e-procurement ed acquisto di beni e servizi informatici sopra soglia comunitaria (per quelli sottosoglia si applicano, invece, le previsioni semplificate di cui al d.l. n. 76/2020, così come modificate dal D.L. in esame).

Il Next Generation EU prevede infatti che il 20% dei fondi destinati agli Stati membri attraverso la Recovery and Resilience Facility sia destinato alla trasformazione digitale; la quale costituisce dunque uno dei pilastri del PNRR[20]. Da qui, dunque, la stringente necessità di acquisti di beni e servizi ICT[21], finanziati in tutto o in parte con le risorse previste per la realizzazione dei progetti del Piano e strumentali ai progetti medesimi. Il tutto con riferimento, peraltro, a beni e servizi che supportano le funzioni ed i servizi essenziali dello Stato ma che, al contempo, sono soggetti a rapida obsolescenza. La scelta effettuata si pone dunque nel senso di una decisa velocizzazione e semplificazione delle procedure, realizzata, innanzi tutto (comma 1), attraverso il ricorso al solo affidamento diretto per tutti gli appalti fino al raggiungimento della soglia comunitaria, ovvero, per gli appalti sopra soglia la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2026, attraverso il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ex art. 63 del codice dei contratti pubblici per i settori ordinari (ovvero, per i settori speciali, ex art. 125 del medesimo codice). Il ricorso a tale procedura è ammesso altresì quando, a determinare l'urgenza, sia proprio la rapida obsolescenza tecnologica delle soluzioni disponibili.

Nella medesima ottica di accelerazione si pone altresì (comma 2) la possibilità per le Amministrazioni di stipulare il contratto sulla base di una mera autocertificazione dell'aggiudicatario circa il possesso dei requisiti[22], fermo restando il rispetto degli obblighi di *stand still* eurounitari. Il contratto, in tal caso, sarà sottoposto a condizione risolutiva. Per le verifiche antimafia, invece, si procede in base a quanto già previsto dall'art. 3 del D.L. n. 76/2020[23].

Il comma 4 dell'art. 48 dispone poi che in caso di impugnazione degli atti inerenti a tutte le procedure di affidamento dei contratti riconducibili al PNRR o al PNC e relative ai lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro, trova applicazione l'articolo 125 del codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), che reca le disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche.

Tale regime processuale si caratterizza per l'onere del Giudice di amministrativo di tenere conto, in sede di pronuncia cautelare, *“delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera”*, nonché della *“irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatario alla celere prosecuzione delle procedure”*. Ai fini della decisione di merito, invece, la norma processuale in questione dispone che, ferma restando l'applicazione degli articoli 121[24] e 123[25], al di fuori dei casi in essi contemplati la

sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto possa avvenire soltanto per equivalente[26].

4. Misure per la fase di esecuzione dei contratti

È l'art. 50 del D.L. n. 77/2021 a delineare misure semplificatorie per la fase relativa alla esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC, stabilendo che decorsi inutilmente i termini per la stipulazione del contratto, per la consegna dei lavori, per la costituzione del collegio consultivo tecnico, gli atti e le attività di cui all'articolo 5 del D.L. n. 76/2020[27], nonché gli altri termini, anche endoprocedimentali, previsti dalla legge, dall'ordinamento della stazione appaltante o dal contratto per l'adozione delle determinazioni relative all'esecuzione dei contratti pubblici in questione, il responsabile o l'unità organizzativa titolare del potere sostitutivo lo eserciti, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto.

Si dispone, ancora, che in deroga all'art. 32, comma 12, del Codice dei contratti, il contratto diviene efficace con la stipulazione[28] e che la stazione appaltante prevede, nel bando o nell'avviso di indizione della gara, un "premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo" per l'ipotesi in cui l'ultimazione dei lavori avvenga in anticipo rispetto al termine contrattuale con successiva approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità. Detto premio andrà determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo della penale, mediante utilizzo delle somme indicate nel quadro economico dell'intervento alla voce imprevisti, nei limiti delle risorse ivi disponibili, e sempre che l'esecuzione dei lavori sia conforme alle obbligazioni assunte.

Quanto alle penali per il ritardato adempimento, invece, si dispone che esse, in deroga all'articolo 113-bis del D. Lgs. n. 50 del 2016, possono essere calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,6 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo. Esse, comunque, non potranno superare, complessivamente, il 20 per cento dell'ammontare netto contrattuale.

5. Le ulteriori misure funzionali agli obiettivi di coesione sociale

A fianco di tali misure, tutte chiaramente leggibili in chiave acceleratoria, il decreto legge introduce – sempre per gli interventi riconducibili al PNRR – anche disposizioni tese invece a perseguire le esigenze di tutela, innovazione e sviluppo sociale parimenti riconducibili al Piano[29].

Nel medesimo Titolo III si collocano, invero, all'art. 46, le "modifiche alla disciplina del dibattito pubblico", rimesse – per la loro individuazione – ad un successivo decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili ed anch'esse in ogni caso specificamente destinate, oltre che agli interventi dell'art. 44, a quelli finanziati in tutto o in

parte con le risorse del PNRR e del PNC. In tale ambito, in una logica di potenziamento e valorizzazione dell'istituto delineato dall'art. 22 del Codice dei contratti, certamente oggetto di una particolare attenzione da parte del Governo, si prevede la possibile individuazione di soglie dimensionali di opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico inferiori a quelle previste, in via generale, dall'Allegato 1 del D.P.C.M. 10.05.2018 n. 76[30].

Sul piano procedimentale, il confronto tra le diverse istanze, finalizzato al raggiungimento di una decisione finale oggetto di condivisione ed espressione di democrazia partecipativa, si colloca, fisiologicamente, nella fase iniziale di elaborazione del progetto di fattibilità, donde la previsione, nell'art. 46, che nei casi di obbligatorietà del dibattito pubblico relativamente alle opere dell'Allegato IV al D.L. n. 77/2021, lo stesso venga avviato contestualmente all'inoltro del progetto di fattibilità tecnica ed economica al Consiglio superiore dei lavori pubblici per l'acquisizione del parere di cui all'articolo 44, comma 1, con possibile esercizio del potere sostitutivo da parte della Commissione nazionale per il dibattito pubblico.

L'istituto del dibattito pubblico, ispirato al modello del "débat public" francese, ha fatto ingresso nel nostro ordinamento per la prima volta proprio con il Codice dei contratti pubblici del 2016 e si pone come strumento finalizzato ad assicurare – anche in un'ottica di riduzione della conflittualità sociale che normalmente accompagna la progettazione e la costruzione delle grandi opere pubbliche – trasparenza e possibilità di confronto con la collettività ed i soggetti portatori dei vari interessi coinvolti riguardo relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulla città o sull'assetto del territorio[31].

La tensione tra le predette esigenze di partecipazione e quelle di efficienza dell'azione amministrativa trovano un "ragionevole punto di equilibrio", secondo la Corte Costituzionale[32], proprio nella disciplina delineata dal combinato disposto dell'art. 22 D. Lgs. n. 50/2016 e dal successivo regolamento di cui al D.P.C.M. 10.05.2018 n. 76, nella misura in cui, ferma restando la cruciale rilevanza del dibattito pubblico quale "prezioso strumento della democrazia partecipativa"[33], "se ne devono evitare abusi e arbitrarie ripetizioni, in particolare con riferimento ai diversi piani (statale e regionale) su cui lo stesso deve svolgersi, pena un ingiustificato appesantimento dell'intera procedura".

Da tale angolazione, pertanto, la previsione di un possibile ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto proprio per gli interventi riconducibili al PNRR, intrinsecamente caratterizzati da imperative e pressanti esigenze di efficienza e rapidità nella relativa realizzazione, appare alquanto significativa ed apprezzabile, ancorché certamente non convergente verso obiettivi di accelerazione e semplificazione delle procedure.

Agli obiettivi di Piano di "Inclusione e Coesione"[34], si riconducono, ancora, le disposizioni su "Pari opportunità generazionali e di genere, nei contratti pubblici PNRR e PNC" contenute all'art. 47, che impone agli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale di cui all'articolo 46 del D. Lgs. 11.04.2006 n. 198[35], di produrre, "a pena di esclusione", tale documento al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, attestandone la conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi della richiamata normativa. Per gli altri operatori economici non contemplati dal D. Lgs. N. 198/2008 ma che occupino e che occupano un numero pari o superiore a quindici dipendenti si prevede l'obbligo di consegnare alla stazione

appaltante entro sei mesi dalla conclusione del contratto, una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta[36]. L'inadempimento a tale obbligo di presentazione della relazione è sanzionato (comma 6) con apposite penali da prevedersi nei contratti di appalto; penali commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto, nonché, per le ipotesi del comma 3, con la "impossibilità" per l'operatore economico inadempiente di partecipare, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi ad ulteriori procedure di affidamento afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del PNRR e del PNC.

Assai significativa è l'introduzione del potere delle stazioni appaltanti di prevedere, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne[37], così come di prevedere "ulteriori misure premiali" comportanti l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo per i candidati o offerenti che rientrino in una delle situazioni individuate dal comma 5 dell'art. 47[38]. L'inserimento di tali avvisi e clausole premiali nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti potrà essere escluso dalle stazioni appaltanti soltanto dietro "adeguata e specifica motivazione" e per le sole ipotesi in cui l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Dispone a tal fine il comma 4 dell'art. 47 che, ad esclusione dei casi disciplinati dal successivo comma 7, costituisce "*requisito necessario dell'offerta l'assunzione dell'obbligo di assicurare una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, all'occupazione giovanile e femminile*".

Chiara (e senz'altro cogente) è la finalità che sorregge tutte le predette disposizioni, volte ad incentivare e "premiare" politiche del lavoro effettivamente articolate su principi di parità attraverso uno stringente e vincolante connubio con le dinamiche di affidamento dei contratti e di valorizzazione, sia in chiave di requisiti di ammissibilità che di elemento "premiante", di significativi standards di promozione dell'occupazione femminile e giovanile.

E proprio nelle misure ispirate agli obiettivi di coesione e sviluppo sociale è dato cogliere, al netto delle verifiche sulla loro concreta efficacia e delle inevitabili occasioni di contenzioso che da esse potranno scaturire, gli aspetti più qualificanti ed innovativi di disciplina dei contratti pubblici riconducibili al PNRR ed al PNC.

[1] Pubblicato nella G.U. n. 29 del 31.05.2021 ed attualmente in corso di conversione.

[2] Così come corretta all'esito del Comunicato 1.06.2021, inserito tra gli "Avvisi di rettifica" pubblicati nella G.U. 1.06.2021 n. 130.

[3] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12.02.2021.

[4] Per complessivi 248 miliardi di euro, cui si aggiungono le ulteriori risorse (13 miliardi) rese disponibili dal programma REACT-EU e da spendersi negli anni 2021-2023 (<https://www.mef.gov.it/focus/Il-Piano-Nazionale-di-Ripresa-e-Resilienza-PNRR/>).

[5] La "cabina di regia" istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 2), il "Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale" (art. 3) e la "Segreteria tecnica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri" (art. 4).

[6] Il Servizio centrale per il PNRR (art. 6) e l'ufficio di controllo Audit (art. 7), entrambi istituiti presso il MEF, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato.

[7] Si vedano, al riguardo, le "disposizioni di accelerazione e snellimento delle procedure e di rafforzamento della capacità amministrativa" contenute nella Parte II del decreto, con pregnanti modifiche ai procedimenti di V.I.A. e V.A.S. e alle procedure per le fonti rinnovabili, misure urgenti in materia paesaggistica e modifiche agli istituti del silenzio assenso, dell'annullamento d'ufficio e del potere sostitutivo in caso di inerzia della P.A.

[8] D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (cosiddetto Decreto Semplificazioni) e il D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. decreto sblocca cantieri).

[9] Si veda l'art. 51 del D.L. in commento.

[10] Art. 52.

[11] Tra esse spiccano senz'altro le varieghe modifiche alla disciplina del subappalto contenuta all'art. 105 del Codice dei contratti introdotte dall'art. 49 del D.L. n. 77/2021 in vista del superamento di alcune criticità evidenziate dalla Commissione UE con la procedura di infrazione n. 2018/2273, e, segnatamente, di quella relativa alla prevista limitazione percentuale al subappalto. Si tratta, in sintesi, di un ulteriore tassello - non definitivo - del complesso cammino che caratterizza, nel nostro ordinamento, l'armonizzazione della disciplina del subappalto alle direttive comunitarie: un'armonizzazione resa difficile dalla tensione tra la ratio di prevenzione che permea sin dall'origine l'istituto a livello interno ed il diverso approccio comunitario. La principale questione oggetto di contestazione è invero quella relativa alla legittimità del limite quantitativo del 30% dell'importo complessivo del contratto individuato quale quota massima subappaltabile dall'art. 105, commi 2 e 5, D.Lgs. n. 50/2016, avendo la CGUE affermato, con la sentenza del 26 settembre 2019 della Sezione quinta (causa C-63/2018; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0063>) l'incompatibilità delle Direttive UE con una normativa nazionale, quale quella italiana, che, a pena di automatica esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, limitava rigidamente al 30% (successivamente elevato al 40% a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 55/2019) la parte di prestazione che l'offerente era autorizzato a subappaltare a terzi. La stessa CGUE, quinta sezione, con la precedente sentenza del 27.11.2019 (causa C-402/18; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0402>), nel valutare contrastante con le direttive comunitarie l'imposizione di un limite al ricorso ai subappaltatori "a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità degli eventuali subappaltatori e il carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe", aveva ritenuto eccessiva rispetto a quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo dichiarato del Governo italiano di rendere la partecipazione agli appalti pubblici meno appetibile per le organizzazioni criminali e, conseguentemente, di tutelare l'ordine pubblico, la limitazione percentuale del 30% in precedenza prevista dall'art. 118 del D. Lgs. n. 163/2006. Come dunque affermato dal Consiglio di Stato, Sez. V, nella Sentenza n. 389 del 16.01.2020 il limite quantitativo del 30% imposto dall'art. 105 dell'attuale Codice dei contratti doveva "ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia".

L'art. 49 dispone dunque, sia pur a termine (fino al 31.10.2021), l'elevazione al 50% del sopra richiamato limite quantitativo percentuale, mentre modifiche "a regime" all'art. 105 del Codice sono invece quelle apportate al comma 14 (riguardante gli standards qualitativi ed occupazionali che il subappaltatore dovrà garantire qualora "le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale"), al comma 8 (recante espressa previsione che "Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto

di subappalto”, laddove invece, in base al Codice, il subappalto, quale contratto derivato, rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, si caratterizzava per il fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all’esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione, mentre il subappaltante rimane responsabile nei confronti dell’amministrazione aggiudicatrice - in termini, in relazione alla previgente disciplina di cui al codice dei contratti pubblici approvato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, cfr. Cons. Stato, V, 25 febbraio 2015, n. 936, 16 aprile 2013, n. 2105, 26 marzo 2012, n. 1726) ed al comma 2 (ove si rimette alle stazioni appaltanti l’onere di indicare nei documenti di gara le prestazioni del contratto di appalto da eseguire a cura dell’aggiudicatario “*in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto*”, nonché “*dell’esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell’articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell’anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall’articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229*”).

[12] Sul codice dei contratti quale “*sorta di anello debole di una serie di sub-sistemi derogatori e provvisori nel tempo*”, si vedano le osservazioni di C. Contessa, “*Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?*”, in *Urbanistica e appalti*, 6/2020, 757 e ss..

[13] Art. 11, che mira, attraverso la Consip S.p.A., a garantire alle pubbliche amministrazioni gli strumenti necessari per l’attuazione del PNRR (specifici contratti, accordi quadro e servizi di supporto tecnico).

[14] Art. 12 (che delinea un procedimento gestito dal Presidente del Consiglio dei Ministri, con possibile designazione anche di un commissario ad acta).

[15] Art. 13 (che delinea, su impulso della Segreteria tecnica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri o del Servizio centrale per il PNRR, un meccanismo di avocazione apicale del potere decisionale in capo al Governo, analogo a quello storicamente utilizzato dalla L. n. 537/1993 per il superamento del dissenso in sede di conferenza di servizi ex art. 14 e ss. L.n. 241/1990).

[16] Organo “temporaneo”, in quanto destinato a durare in carica fino al 31.12.2026, istituito ai sensi del successivo art. 45 e preposto alla formulazione dei pareri sulle grandi opere dell’Allegato IV.

[17] Ai sensi di tale disposizione, “*L’attività di verifica è effettuata dai seguenti soggetti: a) per i lavori di importo pari o superiore a venti milioni di euro, da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020; b) per i lavori di importo inferiore a venti milioni di euro e fino alla soglia di cui all’articolo 35, dai soggetti di cui alla lettera a) e di cui all’articolo 46, comma 1, che dispongano di un sistema interno di controllo di qualità ovvero dalla stazione appaltante nel caso in cui disponga di un sistema interno di controllo di qualità; c) per i lavori di importo inferiore alla soglia di cui all’articolo 35 e fino a un milione di euro, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità ove il progetto sia stato redatto da progettisti interni; d) per i lavori di importo inferiore a un milione di euro, la verifica è effettuata dal responsabile unico del procedimento, anche avvalendosi della struttura di cui all’articolo 31, comma 9*”.

[18] Si prevede che sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara deve essere sempre convocata la conferenza di servizi di cui all’articolo 14, comma 3, L.n. 241/1990 e che l’affidamento avvenga mediante acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo. In entrambi i casi, l’offerta relativa al prezzo dovrà indicare distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l’esecuzione dei lavori. In ogni caso, alla conferenza di servizi indetta ai fini dell’approvazione del progetto definitivo partecipa anche l’affidatario dell’appalto, che provvede, ove necessario, ad adeguare il progetto alle eventuali prescrizioni susseguenti ai pareri resi in sede di conferenza di servizi. Sempre in punto di progettazione, il comma 6 dell’art. 48 dispone che le stazioni appaltanti che procedono agli affidamenti dei contratti in commento possano prevedere, nel bando di gara o nella lettera di invito, l’assegnazione di un punteggio premiale per l’uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui all’articolo 23, comma 1, lettera h), del D. Lgs. n. 50 del 2016.

[19] Il parere in questione dovrà essere reso esclusivamente sui progetti di fattibilità tecnica ed economica di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro e, in deroga a quanto previsto dall’articolo 1, comma 9, del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, non riguarderà anche la valutazione di congruità del costo. Viceversa, per gli investimenti di importo inferiore ai 100 milioni di euro, dalla data di entrata in vigore del DL n. 77/2021 fino al 31.12.2026, “si prescinde” dall’acquisizione del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

[20] Rientra nella Missione 1, Componente 1 “*Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A.*”.

[21] *Information and communications technology*.

[22] In linea con quanto già in precedenza previsto dall'art. 75 del D.L. n. 18/2020

[23] Sulla portata di tale norma si veda F. Gaffuri, "Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti – La disciplina degli appalti pubblici dopo il "decreto semplificazioni", in Giur. It., 2021, 5, 1242, ove si rileva che l'art. 3 del decreto "semplificazioni" ha introdotto significative novità in materia di verifiche antimafia e protocolli di legalità, alla ricerca di un nuovo punto di bilanciamento tra le esigenze preventive di contrasto alla criminalità organizzata e l'obiettivo, perseguito dal D.L. n. 76/2020 e dalla normativa emergenziale legata al Covid 19, di incentivare gli investimenti pubblici e di favorire la ripresa economica. Si è dunque disposto (al comma 1) che, sino al 31 dicembre 2021, deve essere ritenuto sempre sussistente, per tutti i "procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti da parte di pubbliche amministrazioni", il caso di urgenza delineato dall'art. 92, 3° comma, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice delle leggi antimafia), con conseguente possibilità per le amministrazioni di procedere alla stipulazione dei contratti aggiudicati anche prima del rilascio dell'informativa liberatoria provvisoria (salvo il diritto di recesso dal contratto, nel caso in cui le verifiche successivamente espletate determinino l'interdizione del contraente privato). Al comma 2 del medesimo art. 3, D.L. n. 76/2020 che, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici, si provvede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ed alle risultanze della consultazione di tutte le altre banche dati disponibili. L'ottenimento dell'informativa liberatoria provvisoria permette di stipulare, approvare o autorizzare - sotto condizione risolutiva - i contratti e i subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture, ferme restando le ulteriori verifiche necessarie per il rilascio delle certificazioni antimafia, che devono essere comunque completate entro sessanta giorni. In caso, poi, di esito negativo delle verifiche successivamente effettuate, scatta l'istituto della revoca del contratto da parte dell'Amministrazione (tenuta a pagare le opere già eseguite e di rimborsare le spese sostenute dalla controparte privata per l'esecuzione dei lavori rimanenti, nei limiti delle utilità conseguite), con la precisazione, peraltro, che la revoca non può essere disposta "nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni o servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi" (cfr., art. 94, 4° comma, D.Lgs. n. 159/2011, richiamato dal comma dell'art. 3). In tale ultima ipotesi, è comunque consentita l'adozione di misure idonee a limitare l'autonomia gestionale dell'impresa, quali, ad esempio, il provvedimento che dispone la straordinaria e temporanea gestione, ai sensi dell'art. 32, 10° comma, D.L. n. 90/2014, convertito con L. n. 114/2014 (quest'ultima norma è parimenti richiamata dall'art. 3, 4° comma, del decreto "semplificazioni"). Sempre l'art. 3 del D.L. "semplificazioni", infine, aveva introdotto, al comma 7, una modifica al codice delle leggi antimafia del 2011 (precisamente, all'art. 83-bis, relativo alla facoltà del Ministero dell'Interno di sottoscrivere protocolli (o altre intese comunque denominate) per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia. In tale ambito, si è innovativamente previsto che tali intese siano sottoscritte anche dalle imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale, dalle associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale delle categorie produttive, economiche o imprenditoriali e dalle associazioni sindacali.

[24] "Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni".

[25] "Sanzioni alternative".

[26] Come rilevato da Cons. Stato Sez. IV, Sent., 05.05.2016, n. 1798 la disposizione processuale in commento, posta a tutela della stessa amministrazione e del suo interesse alla più sollecita esecuzione delle infrastrutture strategiche, è intesa a disciplinare i poteri del giudice amministrativo, con la preclusione, nel caso di intervenuta stipulazione del contratto relativo all'esecuzione di infrastrutture di carattere strategico, di ogni declaratoria giudiziale d'inefficacia e di ogni eventuale subentro nel contratto, e con la limitazione delle relative statuizioni alla sola condanna al risarcimento del danno in forma equivalente. Se, infatti, "con l'art. 121 c.p.a. sono tipizzate le fattispecie in cui è obbligatoria la declaratoria d'inefficacia del contratto (salva l'applicazione delle sanzioni alternative ex art. 123 c.p.a.) e con l'art. 122 c.p.a. sono indicati i criteri che devono orientare, in tutte le altre ipotesi, la riconosciuta discrezionalità del giudice in ordine alla (eventuale) declaratoria d'inefficacia; con l'art. 125 comma 3 c.p.a. il legislatore ha inteso dettare una disposizione speciale per le infrastrutture strategiche che esclude in radice la declaratoria giurisdizionale d'inefficacia, circoscrivendo la tutela erogabile al solo risarcimento del danno ex art. 34 comma 3 c.p.a., e al paradigma generale ivi enunciato, secondo il quale se l'annullamento del provvedimento non è più utile alla parte (e qui non lo sarebbe per il divieto della declaratoria d'inefficacia, che impedisce il subentro nel medesimo), la pronuncia d'illegittimità ha mero valore di accertamento (e non già l'usuale valore costitutivo dell'annullamento) che fonda il consequenziale riconoscimento del diritto al risarcimento del danno".

[27] E cioè le misure temporanee e derogatorie in tema di sospensione dei lavori introdotte da tale norma.

[28] Senza cioè la sottoposizione alla condizione sospensiva ex lege dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti. L'art. 32 comma 6 del D. Lgs. n. 50/2016, dispone infatti che "L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8" (cioè nel termine di 60 giorni per la successiva stipula del contratto); mentre il seguente comma 7 sancisce che "L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti". Una volta, inoltre, divenuta efficace

l'aggiudicazione, e *“fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti”*, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni (salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario). Inoltre, *“Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario (la cui proposta, fino allo spirare di tale termine, era irrevocabile) può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate”*. Come ricordato, dunque, da Cons. Stato Sez. V, Sent., 31/08/2016, n. 3742, *“detto termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex se un'ipotesi di responsabilità precontrattuale ex lege della pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità. Infatti, le conseguenze che derivano in via diretta dall'inutile decorso del detto termine sono: da un lato, la facoltà dell'aggiudicatario, mediante atto notificato alla stazione appaltante, di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto; dall'altro, il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo (cfr. ex multis, Cons. St., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671)”*. Da qui, dunque, la pregnanza, per l'affidamento della categoria di contratti di cui si discute, sia dei previsti poteri sostitutivi, che della deroga agli ordinari presupposti di efficacia del contratto.

[29] Il Piano si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo, digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale, e si articola su sei “missioni”: Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura; Rivoluzione verde e transizione ecologica; Infrastrutture per una mobilità sostenibile; Istruzione e ricerca; Inclusione e coesione; Salute.

[30] Ove si definisce il “dibattito pubblico” come *“il processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico sull'opportunità, sulle soluzioni progettuali di opere, su progetti o interventi di cui all'Allegato”*.

[31] Si è rilevato come i criteri – qualitativi ed economici – per i quali il D.P.C.M. 10.05.2018 n. 76 prevede l'obbligatoria attivazione del dibattito pubblico siano eccessivamente elevati, circostanza che, unita alla discrezionalità nell'attivazione di cui dispone l'Amministrazione aggiudicatrice (per i restanti casi) ed alla collocazione della Commissione nazionale per il dibattito pubblico (CNDP) presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, concorre a limitare, allo stato, le potenzialità dell'istituto. Si veda, al riguardo, M. Cardone, *“Il dibattito pubblico: tra casi pratici e criticità applicative”*, Osservatorio AIR, <https://www.osservatorioair.it/il-dibattito-pubblico-tra-casi-pratici-e-criticita-applicative/>. La Commissione è stata istituita decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 30 dicembre 2020, n. 627 e si propone di essere un modello di democrazia partecipativa per gli interventi infrastrutturali di maggiore rilevanza nel Paese.

[32] Corte cost., Sentenza 14.12.2018, n. 235.

[33] Rileva la Corte che, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 1 aprile 2016 sullo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", il dibattito pubblico è *“uno strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto”*. *“Esso configura, analogamente all'inchiesta pubblica prevista dall'art. 24-bis del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), una fondamentale tappa nel cammino della cultura della partecipazione, rappresentata da un modello di procedimento amministrativo che abbia, tra i suoi passaggi ineliminabili, il confronto tra la pubblica amministrazione proponente l'opera e i soggetti, pubblici e privati, ad essa interessati e coinvolti dai suoi effetti, alimentandosi così un dialogo che, da un lato, faccia emergere eventuali più soddisfacenti soluzioni progettuali, e, dall'altra, disinnesci il conflitto potenzialmente implicito in qualsiasi intervento che abbia impatto significativo sul territorio”*.

[34] Volti a facilitare la partecipazione al mercato del lavoro, anche attraverso la formazione, rafforzare le politiche attive del lavoro e favorire l'inclusione sociale.

[35] Dispone l'art. 46 del "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246". che *“Le aziende pubbliche e private che occupano oltre cento dipendenti sono tenute a redigere un rapporto almeno ogni due anni sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta”*.

[36] Il comma 9 dell'art. 47 dispone poi che i rapporti e le relazioni in questione debbano essere pubblicati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi dell'articolo 29 del D. Lgs. N. 50/2016. aprile 2016, n. 50

[37] Con la precisazione che Il contenuto delle clausole andrà determinato tenendo conto, tra l'altro, dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti.

[38] E cioè per l'operatore che: *“a) nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, quelle di cui all'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, quelle di cui agli articoli 35 e 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, ovvero quelle di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151; b) utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalita' innovative di organizzazione del lavoro; c) si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali; d) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali; e) abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254”.*

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1514 - 26 gennaio 2021

Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)

di Elisabetta Lamarque

Sommario: 1. Premessa - 2. I fatti - 3. La legge sospesa: c'è sempre una prima volta - 4. La “profilassi internazionale”: una materia sconfinata.

1. Premessa.

La pandemia da coronavirus sta mettendo alla prova ogni aspetto della vita istituzionale e sociale del nostro Paese, e porta allo scoperto, evidenziandoli, tutti gli snodi che già prima dell'emergenza si presentavano come più deboli o problematici.

Non sfugge a questo destino neanche il tema, storicamente sempre aperto, dei rapporti tra i livelli di governo^[1]. Nella seconda fase dell'emergenza, anzi, le tensioni tra il governo centrale e quelli regionali sembrano essersi acuite, e tendono sempre più spesso a essere trasferite, da entrambe le parti, dalla sede istituzionale a quella giudiziaria, alla quale tra l'altro vengono sempre chieste risposte immediate, adottate in via cautelare, in quanto ragionevolmente ritenute le uniche idonee a tutelare in modo effettivo gli interessi relativi alla salute e all'economia che di volta in volta si ritengono lesi. Nel momento in cui si scrive, ad esempio, sembra avviata alla chiusura in sede politica la vicenda della erronea classificazione della Regione Lombardia in zona rossa, che tuttavia in prima battuta, come è noto, la Regione aveva voluto inspiegabilmente giurisdizionalizzare con un ricorso al Tar Lazio nei confronti del provvedimento ministeriale.

Il contenzioso tra lo Stato e le Regioni non è rimasto limitato alla giurisdizione amministrativa, ma è già arrivato alla giurisdizione costituzionale, nonostante i contrari

auspici della migliore dottrina, che aveva fin dai primi tempi della pandemia auspicato un massiccio ricorso al principio della leale collaborazione proprio per evitare questo esito[2].

La Corte costituzionale, investita di un ricorso statale in via principale contro una legge regionale, ha voluto dare *una risposta adeguata* all'emergenza in cui ormai da molti mesi viviamo, e cioè *tempestiva nei tempi e ferma nei contenuti*.

Per raggiungere questo risultato la Corte, con l'ordinanza n. 4 del 2021, che qui si commenta, ha messo in campo contemporaneamente due potenti strategie.

Dal punto di vista processuale essa ha per la prima volta utilizzato un potere, quello di sospendere in via cautelare la legge impugnata, che le era stato conferito, dopo la riforma costituzionale del 2001, dalla cosiddetta Legge La Loggia del 2003[3]. Su questo profilo ci si soffermerà nel par. 3.

Dal punto di vista sostanziale, la Corte ha deciso il dubbio di costituzionalità in modo netto, utilizzando un titolo di competenza esclusiva dello Stato – la “profilassi internazionale” (art. 117, secondo comma, lett. q) – che ‘taglia la testa al toro’ non solo per la questione di legittimità costituzionale attualmente sottoposta al suo giudizio, ma anche per tutte le possibili future questioni di legittimità costituzionale di leggi regionali che volessero intervenire su aspetti del contenimento dell'emergenza sanitaria al di fuori dei limiti tracciati dalla legge statale. Questo secondo aspetto sarà brevemente trattato nel par. 4.

2. I fatti.

Nella prima fase dell'emergenza sanitaria la Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste non si era segnalata per un particolare interventismo[4]. La crisi istituzionale che l'aveva travolta alla fine del 2019, con le dimissioni del Presidente della Giunta, di due assessori e di un consigliere, indagati per gravi reati[5], e con la conseguente successiva *prorogatio* della Giunta e del suo Presidente solo per l'ordinaria amministrazione, aveva certamente contribuito a far sì che le iniziative di questa Regione anche in relazione all'emergenza sanitaria rimanessero contenute almeno fino alle nuove elezioni, che si sono poi svolte il 20-21 settembre 2020.

Nel frattempo, la legislazione statale, dopo alcune oscillazioni, è pervenuta a una stabile definizione dei poteri delle Regioni nella gestione della pandemia. Ora le Regioni, “informando contestualmente il Ministro della salute” possono “introdurre misure derogatorie restrittive” rispetto a quelle disposte dai d.P.C.m. che via via si succedono nel tempo, ovvero “anche ampliative”, ma “nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute”[6].

In questo quadro, sopraggiunge – nell'imminenza delle festività natalizie ed evidentemente con il principale obiettivo di salvare la stagione sciistica – la legge regionale valdostana che sarà poi oggetto dell'ordinanza della Corte costituzionale che qui si commenta, la quale si configura come una sorta di legge generale sulla gestione degli aspetti sanitari, economici e sociali della pandemia nel territorio della Regione autonoma[7]. In essa, tra le altre cose, si elencano alcune attività che restano comunque permesse nel rispetto dei protocolli di sicurezza, altre che sono permesse salvo che il Presidente della Giunta regionale voglia sospenderle (ad esempio le attività commerciali al dettaglio, i servizi di ristorazione, le attività artistiche e culturali, le strutture ricettive e le attività turistiche, oltre che naturalmente gli

impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo[8]), e altre ancora che il Presidente della giunta può autorizzare (gli eventi e le manifestazioni pubbliche[9]); e si prevede inoltre che la Giunta possa modificare i protocolli di sicurezza vigenti in tutto il territorio nazionale[10].

L'11 dicembre 2020 la legge regionale è pubblicata sul Bollettino ufficiale, ed è impugnata dal Governo a strettissimo giro, con ricorso notificato e depositato il 21 dicembre. Il ricorso contiene anche una motivata istanza di sospensione.

Anche i tempi della 'lavorazione' del ricorso della trattazione dell'istanza di sospensione da parte della Corte costituzionale sono straordinariamente ristretti: il ricorso è pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 30 dicembre e la camera di consiglio con l'audizione degli avvocati delle parti viene fissata per il 13 gennaio 2021[11].

Il 14 gennaio il collegio assume la decisione e nella medesima giornata l'ordinanza viene depositata nella cancelleria della Corte costituzionale. La stessa ordinanza dà conto che l'udienza per la discussione sul merito del ricorso è fissata per il prossimo 23 febbraio. Tuttavia, il Ministro degli Affari regionali e le autonomie ha già dichiarato di volere proporre al Consiglio dei ministri la rinuncia al ricorso, allo scopo di incentivare una gestione condivisa e non conflittuale dell'emergenza sanitaria con tutte le Regioni[12].

3. La legge sospesa: c'è sempre una prima volta.

Come si è detto, la Corte costituzionale, con l'ordinanza in commento, sospende in via cautelare l'efficacia di una legge, facendo per la prima volta uso di uno strumento di cui è dotata ormai da molti anni. Lo strumento ora è disciplinato dall'art. 35 della stessa legge sul funzionamento della Corte costituzionale, dove la sospensione della legge (statale o regionale, non è specificato) impugnata in via principale risulta subordinata (soltanto) al ricorrere di almeno una delle seguenti condizioni: o "il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica", ovvero "il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini"[13]. La disposizione testualmente non richiede un'istanza di parte, e anzi sembra configurare il potere di sospensione come attivabile d'ufficio dalla Corte costituzionale; né impone la verifica dell'esistenza del *fumus boni iuris*, e cioè della valutazione sommaria della fondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati.

L'ordinanza in commento, tuttavia, si esprime comunque sulla sussistenza del *fumus* di violazione, da parte della legge valdostana, della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "profilassi internazionale" (sul punto si tornerà *infra* nel par. 4) e, quanto al ricorrere degli altri presupposti previsti dalla legge, essa ritiene che sussistano, nel caso di specie, entrambi, argomentando come segue: innanzitutto essa rileva come "la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore; il che prescinde dal contenuto delle ordinanze in concreto adottate"; di conseguenza, tutti i presupposti per l'esercizio del potere cautelare risultano soddisfatti, perché "le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione".

La motivazione sembra ineccepibile. In effetti, l'“interesse pubblico a una gestione unitaria a livello nazionale” di una epidemia che ha dimensione planetaria e ha ripercussioni immediate sul diritto alla salute e sullo stesso diritto alla vita dei consociati sarebbe stato un ottimo caso di scuola per illustrare agli studenti di un corso di giustizia costituzionale una possibile applicazione dell'istituto della sospensione cautelare di una legge regionale. Ma la realtà, purtroppo per noi, ha superato ancora una volta la fantasia degli interpreti.

Finora casi così estremi non si erano presentati e dunque il procedimento per la sospensione cautelare della legge impugnata era stato attivato una volta sola, e giustamente con esito negativo[14]. L'istanza di sospensione, che pure spesso le parti hanno avanzato in passato, il più delle volte era stata dichiarata assorbita da una tempestiva decisione sul merito delle questioni sollevate. Così era accaduto, ad esempio, nella nota sentenza del 2018 sulla normativa statale in tema di obblighi vaccinali impugnata dalla Regione Veneto[15]. Si era così correttamente parlato di un istituto ormai caduto in una sorta di “desuetudine applicativa”[16].

In una situazione di emergenza sanitaria come quella attuale – che la stessa Corte costituzionale ha già definito come “assolutamente eccezionale”[17] – l'istituto è stato rispolverato e ha potuto dimostrare di essere utile e forse anche necessario.

In ragione di ciò possono ora anche dirsi definitivamente superati tutti i dubbi che in dottrina avevano accompagnato la previsione della possibilità di sospendere l'efficacia della legge all'interno dei giudizi di legittimità costituzionale in via principale o di azione.

Lo stesso iter legislativo che aveva poi dato vita alla legge La Loggia aveva sul punto visto diverse incertezze ed era stato estremamente faticoso[18]. I dubbi immediatamente sollevati dagli studiosi si ponevano su vari piani. Si era notato, innanzitutto, che la disposizione sembra tradire il carattere di ‘giudizio di parti’ del giudizio di legittimità costituzionale in via principale: e questo non solo perché la sospensione può prescindere dall'istanza del ricorrente, potendo essere disposta d'ufficio dalla Corte costituzionale[19], ma soprattutto perché i presupposti per il suo esercizio, non riguardando i criteri per la distribuzione delle competenze legislative fra Stato e Regione, possono non coincidere con i motivi del ricorso. La disposizione, anzi, attribuisce alla Corte un potere davvero singolare – sconosciuto nel giudizio incidentale[20] – autorizzandola a disporre la sospensione della legge impugnata *ultra petita* in ogni senso: sia, come si è detto, perché la sospensione potrebbe non essere stata sollecitata dal ricorrente, sia perché nel ricorso introduttivo potrebbe non esserci neanche alcun cenno al fatto che la legge impugnata arrechi pregiudizio all'interesse pubblico, all'ordinamento giuridico della Repubblica o ai diritti dei cittadini.

Il secondo motivo di perplessità derivava dalla constatazione che sarebbe stato difficile immaginare – allora! – che in un sistema di giustizia costituzionale come il nostro, in cui convivono accesso diretto e accesso incidentale, potesse mai verificarsi l'eventualità, prospettata dalla disposizione in commento, che il pregiudizio per i diritti dei cittadini arrecato da una disposizione di legge si riveli, oltre che grave, anche “irreparabile”. Per ogni violazione concreta di un diritto costituzionale, si diceva, resta infatti sempre aperta per l'individuo, pur nelle more del giudizio in via principale, la via del ricorso a un giudice comune il quale, prima di confermare l'applicazione della legge di dubbia costituzionalità, sarà tenuto a sospendere il giudizio in corso e a sollevare l'incidente di costituzionalità di fronte alla Corte. Un simile argomento, tuttavia, è oggi stato spazzato via dai fatti, se si pensa alla

irreparabilità del pregiudizio arrecato al diritto alla salute dei consociati che una mala gestione dell'epidemia immediatamente, e irreparabilmente, produce.

L'ultima serie di dubbi – a parere di chi scrive i più seri^[21] – riguardava la conformità a Costituzione della disposizione in commento, in quanto l'attribuzione al giudice costituzionale del potere di sospensione della legge avrebbe forse dovuto avvenire con legge costituzionale, ai sensi dell'art. 137, primo comma, Cost. Se infatti si interpreta il primo comma dell'art. 137 come non limitato ai profili dell'accesso alla Corte^[22], si può sostenere che il sub-procedimento volto alla sospensione della legge è una delle “forme” dei giudizi di legittimità costituzionale che richiedono di essere previste e regolate dalla fonte superprimaria^[23], e concludere così che la disposizione in commento viola la riserva di legge costituzionale^[24]. Il tutto, ovviamente, se si ritiene che il potere di provocare la cessazione definitiva dell'efficacia della legge dichiarata incostituzionale attribuito alla Corte costituzionale dall'art. 136 Cost. non comprenda in sé il potere di sospendere provvisoriamente l'efficacia^[25].

4. La “profilassi internazionale”: una materia sconfinata.

L'ordinanza in commento compie una scelta forte, e probabilmente irreversibile, nel momento in cui afferma, in modo netto e sintetico, adeguato alla valutazione sommaria del merito del ricorso tipica di un giudizio cautelare, che “la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.”.

La Corte costituzionale, dunque, rifiuta di distinguere tra diverse materie, eventualmente appartenenti a diversi titoli di competenza, statale e regionale, gli interventi legislativi nei differenti settori materiali (commercio, turismo e salute, ad esempio) che trovano la loro causa nell'emergenza sanitaria; e, soprattutto, non fa alcun cenno al possibile, naturale, inquadramento finalistico di tali interventi legislativi nell'unica materia della “tutela della salute”, di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni.

La Corte sceglie invece di tagliare via di netto ogni possibile competenza regionale e di indicare come unico titolo di competenza legislativa, per qualsiasi intervento volto ad affrontare la pandemia, una materia di competenza esclusiva dello Stato.

Il risultato è triplice. Innanzitutto in questo modo la Corte fa chiarezza una volta per tutte, in un periodo storico dove l'incertezza è la cifra che caratterizza la vita istituzionale, oltre che sociale del Paese, riportando a livello unitario le scelte su come gestire l'emergenza sanitaria. In secondo luogo, essa evita di imporre all'azione statale di seguire i moduli della leale collaborazione, dato che viene esclusa la sussistenza di quell'intreccio di competenze che impone, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, l'attivazione degli strumenti di leale collaborazione tra Stato e Regioni nell'attuazione della legge^[26]. In terzo luogo, e si tratta di un risultato non di poco conto, la Corte indirettamente giustifica l'impiego, nella gestione dell'emergenza, della normativa statale di rango secondario, dato che l'art. 117, sesto comma, Cost. assegna allo Stato la potestà regolamentare, a rigore, soltanto nelle materie di sua competenza esclusiva^[27].

Il costo di questi impagabili pregi – un costo necessario, a parere di chi scrive – è, ovviamente, una forzatura del dato testuale, perché la voce dell'elenco delle competenze esclusive dello

Stato a cui la Corte costituzionale fa riferimento difficilmente sembra potersi prestare, letteralmente, all'uso che la Corte ne fa nell'ordinanza in commento.

Secondo il glossario del più recente rapporto (dicembre 2020) dell'ufficio del Ministero della Salute, direzione generale della prevenzione sanitaria, Coordinamento tecnico degli Uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera e dei

Servizi territoriali per l'Assistenza Sanitaria al personale Navigante, marittimo e dell'aviazione civile (USMAF-SASN), la "profilassi internazionale" è, propriamente, l'"attività di profilassi delle malattie infettive e diffuse, quarantenarie e non, che si svolge nei porti, negli aeroporti e nei punti di confine terrestri dislocati sul territorio"[28]. E questo è, del resto, il significato che l'espressione assume nel nostro ordinamento legislativo fin dagli Settanta del secolo scorso, quando nei primi decreti di trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni si faceva riferimento alla "profilassi internazionale" come attività mantenuta a livello centrale[29], e che si conserva costantemente nel tempo, passando nei secondi decreti di trasferimento[30], nella legge di istituzione del Servizio sanitario nazionale[31] e poi nella riforma Bassanini del 1998[32], per riversarsi quindi inalterata nella riforma costituzionale del 2001. Nell'art. 117, secondo comma, Cost., tra l'altro, questo significato è confermato dalla *sedes materiae*: la lett. q), infatti, elenca, prima della "profilassi internazionale", le materie delle "dogane" e della "protezione dei confini nazionali", facendo intendere che anche la "profilassi internazionale", come inequivocabilmente le altre due materie, indichi un'attività che si svolge alla frontiera, ai bordi, del territorio nazionale, e che proprio per tale ragione non può non essere di competenza esclusiva dello Stato.

C'è da dire, tuttavia, che la giurisprudenza costituzionale aveva, negli anni, già provveduto ad allargare progressivamente la nozione, occupandosi in particolare della profilassi veterinaria. In alcune pronunce degli anni Novanta il significato è ancora quello originario dei decreti di trasferimento delle funzioni amministrative, perché la profilassi internazionale veterinaria, di competenza dello Stato, sembra coincidere con l'attività di controllo, da parte degli uffici veterinari di dogana interna, di porto e di aeroporto, degli animali che comunque provengono dall'esterno del territorio nazionale[33]. L'estensione della nozione si verifica dopo la riforma costituzionale del 2001, perché la "profilassi internazionale", di cui all'art. 117, secondo comma, lett. q), sembra comprendere anche tutti quei controlli veterinari che, pur avvenendo sui capi di bestiame nati e cresciuti in Italia, sono imposti dall'esterno, e cioè da norme dell'Unione europea o internazionali[34]. Infine, nella già richiamata sentenza sulle vaccinazioni obbligatorie del 2018, la nozione esce dal campo veterinario, e abbraccia la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive dell'uomo, ma con l'identico significato già presente nella giurisprudenza costituzionale pregressa, di una profilassi qualificabile come internazionale solo in quanto imposta, o consigliata, in "programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale"[35].

L'ulteriore allargamento della nozione è presente in alcune recenti pronunce del giudice amministrativo rese in relazione proprio alla pandemia, nelle quali tuttavia vengono richiamati anche altri titoli di competenza statale esclusiva o concorrente[36], oltre che in qualche (saggio) suggerimento proveniente dalla dottrina[37]. Si può dire allora che l'ordinanza in commento rappresenta la punta estrema di questo processo, perché essa intende per "profilassi" non soltanto la previsione di controlli e precauzioni di tipo medico, ma ogni intervento legislativo volto a evitare in qualunque modo – anche attraverso il divieto di assembramenti, ad esempio – il contagio; e riferisce evidentemente l'aggettivo

“internazionale” non alla dimensione della normativa che impone tale profilassi, bensì alla dimensione stessa dell’evento da fronteggiare (la pandemia, appunto).

L’operazione interpretativa compiuta ora dalla Corte, benché estrema, è a parere di chi scrive, come si diceva, giustificata non solo dalla colpevole assenza, nell’elenco dell’art. 117 Cost. delle competenze riservate in via esclusiva allo Stato, di una materia che invece il decreto Bassanini n. 112 del 1998 manteneva allo Stato con il nome “sorveglianza” e “controllo” “di epidemie e ed epizozie di dimensioni nazionali e internazionali”^[38]; ma anche dallo stesso carattere estremo della situazione nazionale e internazionale in atto, che richiede di evitare il più possibile la conflittualità tra livelli di governo, ed esige quindi che sia affermato un chiaro e netto criterio di riparto delle competenze normative per fronteggiarla.

[1] Sul tema si vedano almeno, con varietà di accenti, G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in www.unicost.eu; G. Falcon, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, 2020, pp. 453 ss.; F. Cortese, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, 2020, pp. 3 ss.; C. Padula e G. DelleDonne, Italy: *The Impact of the Pandemic Crisis on the Relations Between the State and the Regions*, in *Coronavirus and the Law in Europe*, a cura di E. Hondius – M. Santos Silva – C. Wendehorst – P. Coderch – A. Nicolussi – F. Zoll, Intersentia, 2020, all'indirizzo <https://www.intersentiaonline.com/bundle/coronavirus-and-the>; Id., *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, 2020, pp. 753 ss.; A. Morelli, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2020, pp. 747 ss.; B. Baldi e S. Profeti, *Le fatiche della collaborazione. Il rapporto stato-regioni in Italia ai tempi del COVID-19*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2020, pp. 277 ss.

[2] M. Ruotolo nell'intervista di L. Milella in *La Repubblica* del 25 febbraio 2020.

[3] L. 5 giugno 2003, n. 131, recante “Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”.

[4] V. Cavanna, *Risposte regionali alla pandemia da COVID-19: il caso della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, in *Le Regioni*, 2020, pp. 931 ss.

[5] G. Tarli Barbieri, *La crisi politico-istituzionale valdostana nella crisi del regionalismo italiano*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo - Tomo V - La democrazia italiana in equilibrio*, Collana di studi di Consulta OnLine, 2020, pp. 10 ss.

[6] Art. 1, c. 16, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, recante “Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”, convertito dalla l. 14 luglio 2020, n. 74, come modificato dall'art. 1, c. 2, lett. a), del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito dalla l. 27 novembre 2020, n. 159: “Per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali, le regioni monitorano con cadenza giornaliera l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e, in relazione a tale andamento, le condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale. I dati del monitoraggio sono comunicati giornalmente dalle regioni al Ministero della salute, all'Istituto superiore di sanità e al comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni. In relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, accertato secondo i criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 112 del 2 maggio 2020, e sue eventuali modificazioni, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, la Regione, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre misure derogatorie restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute, anche ampliative”.

[7] Si tratta della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste 9 dicembre 2020, n. 11, recante “Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza”, che il Governo ha impugnato poi sia per intero sia in riferimento agli artt. 2, cc. 4, 6, 7, 9, da 11 a 15, 18 e da 20 a 25, e 3, c. 1, lett. a).

[8] Art. 2, rispettivamente cc. 11, 12, 14, 15, 16 e 24.

[9] Art. 2, c. 9.

[10] In particolare art. 4.

[11] L'art. 21 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, rubricato "Istanza di sospensione", prevede quanto segue: "Ove sia proposta istanza di sospensione ai sensi dell'art. 35 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il Presidente, sentito il relatore, convoca la Corte in camera di consiglio qualora ravvisi l'urgenza di provvedere. Con il medesimo provvedimento il Presidente può autorizzare l'audizione dei rappresentanti delle parti e lo svolgimento delle indagini ritenute opportune. La cancelleria comunica immediatamente alle parti l'avvenuta fissazione della camera di consiglio e l'eventuale autorizzazione all'audizione".

[12] https://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2021/01/19/covid-boccia-proporro-ritiro-impugnativa-legge-anti-dpcm-veda_ee4b8da9-5c20-4871-85d2-f2cd7c8e04e8.html

[13] L'art. 9 della legge, rubricato "Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale" dispone, al c. 1, la sostituzione dell'art. 35 della l. 11 marzo 1953, n. 87, recante "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale", con il testo che segue: "Art. 35. – 1. Quando è promossa una questione di legittimità costituzionale ai sensi degli articoli 31, 32 e 33, la Corte costituzionale fissa l'udienza di discussione del ricorso entro novanta giorni dal deposito dello stesso. Qualora la Corte ritenga che l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini, trascorso il termine di cui all'articolo 25, d'ufficio può adottare i provvedimenti di cui all'articolo 40. In tal caso l'udienza di discussione è fissata entro i successivi trenta giorni e il dispositivo della sentenza è depositato entro quindici giorni dall'udienza di discussione".

[14] Corte cost., ord. n. 107 del 2010.

[15] Corte cost., sent. n. 5 del 2018 (che richiama, nel medesimo senso, Corte cost., sentt. nn. 141, 145 e 155 del 2016).

[16] C. Caruso, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, Bologna, 2020, p. 159.

[17] Corte cost., sent. n. 174 del 2020.

[18] Nel disegno di legge deliberato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 19 aprile 2002, e poi modificato prima della sua presentazione in Senato, infatti, si prevedeva che l'efficacia della legge impugnata restasse automaticamente sospesa fino alla decisione della Corte (e la previsione era stata criticata da M. D'Amico, *Corte costituzionale e riforma costituzionale del Titolo V: adeguamenti ragionevoli e disposizioni problematiche*, in *Federalismi.it*, pp. 52-53 e A. Ruggeri, *Ancora sul disegno di legge La Loggia (postilla di aggiornamento in tema di fonti e di controlli)*, *ivi*, p. 31). Il disegno di legge presentato al Senato il 26 giugno (AS 1545) non conteneva alcun accenno alla sospensione della legge, né automatica né su ordine della Corte costituzionale; mentre solo in sede di commissione referente alla Camera dei deputati (AC 3590) è stato introdotto il potere della Corte di sospendere d'ufficio l'esecuzione della legge impugnata, e solo in seguito è stato completato l'attuale elenco dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere. Sui lavori preparatori e sulle critiche dottrinarie all'istituto si rinvia alla completa trattazione di C. Caruso, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, cit., pp. 157 ss.

[19] F. Drago, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in *Federalismi.it*, pp. 26-27.

[20] Ma nel giudizio in via incidentale le esigenze di tutela cautelare immediata del diritto costituzionale possono essere fatte valere davanti al giudice comune il quale, nelle more dell'incidente di costituzionalità da lui stesso sollevato, può temporaneamente disapplicare la legge della cui costituzionalità egli dubita e assicurare così una tutela effettiva del diritto costituzionale fatto valere in giudizio (sul punto sia consentito il rinvio a E. Lamarque, *Direct Constitutional Complaint and Italian Style do not Match. Why Is That?*, in *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, a cura di V. Barsotti, P. G. Carozza, M. Cartabia e A. Simoncini, London-New York-Torino 2020, pp. 152-153).

[21] E. Lamarque, *Articolo 9*, in *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge 'La Loggia' (l. 5 giugno 2003, n. 131)*, a cura di P. Cavaleri ed E. Lamarque, Torino, 2004, p. 253.

[22] Sulle due possibili interpretazioni dell'art. 137, primo comma, Cost. si veda, per tutti, D. Nocilla, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 2003 ss.

[23] A. Predieri, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, 1966, pp. 201 ss.

[24] Lo rilevava, benché in termini dubitativi, P. Caretti, *Il contenzioso costituzionale. Commento all'art. 9, in Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna, 2003, pp. 193-194.

[25] G. Falzone, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici*, Milano, 1967, pp. 12 ss.

[26] Sul punto si veda, ad esempio e per tutte, la sentenza n. 72 del 2019: “Versandosi perciò in un caso in cui la legge statale interviene in un ambito caratterizzato da inscindibile sovrapposizione o intreccio di competenze («nodo inestricabile»), secondo l'espressione utilizzata dalla sentenza n. 21 del 2016), è ineludibile, in applicazione del principio di leale collaborazione, la predisposizione, da parte della legge statale – pur pienamente legittimata a intervenire – di un'adeguata modalità di coinvolgimento delle Regioni, con l'obiettivo di contemperare le ragioni dell'esercizio unitario delle competenze in questione con la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle autonomie”.

[27] C. Padula e G. Delledonne, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, cit., p. 763, notano che sul punto in realtà la giurisprudenza costituzionale registra qualche oscillazione, ma ricordano che se non si ritrova un titolo di competenza esclusiva dello Stato, e qualora si volessero qualificare i noti d.P.C.m. di gestione ordinaria dell'emergenza sanitaria come atti normativi, sorgerebbe il problema del rispetto dell'art. 117, sesto comma, Cost. Con la soluzione offerta dall'ord. n. 4 del 2021, invece, questo problema non si pone, qualunque sia la natura dei d.P.C.m.

[28] Relazione sui dati di attività degli Uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera (USMAF) e Servizi per l'Assistenza Sanitaria al personale Navigante, marittimo e dell'aviazione civile (SASN), dicembre 2020.

[29] Art. 6, n. 1), del d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 4.

[30] Art. 30, lett. a), del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616.

[31] Art. 6, lett. a), della l. 23 dicembre 1978, n. 833.

[32] Art. 126 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, in attuazione del preciso disposto della legge delega (art. 1, c. 3, lett. i, della l. 15 marzo 1997, n. 59).

[33] Corte cost., sentt. nn. 382 e 458 del 1993 e n. 351 del 1999.

[34] Corte cost., sentt. n. 12 del 2004, n. 72 del 2013, n. 173 del 2014, n. 270 del 2016.

[35] Corte cost., sent. n. 5 del 2018, par. 7.2.3. Si veda poi, in senso analogo, Corte cost., sent. n. 186 del 2019.

[36] Tar Calabria-Catanzaro, sent. 9 maggio 2020, n. 841 (par. 18.2.); Tar Sicilia-Palermo, sent. 25 settembre 2020, n. 1952; Tar Calabria-Catanzaro, sent. 18 dicembre 2020, n. 2077 (par. 9), oltre che Cons. St, sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735 (par. 7.3.). Fanno cenno a questa posizione dei giudici amministrativi anche G. Scaccia e C. D'Orazi, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra uniformità e differenziazione*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. Marini e G. Scaccia, Torino, 2020, p. 115.

[37] R. Balduzzi, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)*, in *Corti supr. e sal.*, n. 1/2020, p. 70 e l'intervista a C. Mirabelli, *Gestione dell'emergenza. Il giurista Mirabelli: “Tra Stato e Regioni c'è un problema di competenze”*, in www.agensir.it, 16 aprile 2020. Anche tra gli studiosi, tuttavia, nessuno si era spinto a ipotizzare la soluzione radicale fatta propria dall'ordinanza in commento, che individua nella “profilassi internazionale” l'unica materia coinvolta negli interventi di gestione della pandemia, salvo forse L. Dell'Atti e G. Naglieri, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, par. 3.

[38] Art. 112, c. 3, lett. g), del d.lgs. n. 112 del 1998, cit.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1676 – 19 aprile 2021

Il concordato “in bianco” e le cause di esclusione nell’art. 80, d.lgs. n. 50/2016 (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, ord.za 8 gennaio 2021 n. 309)

di Tania Linardi

Sommario: 1. Fatto. 2. Deferimento all’Adunanza Plenaria. 3. Le cause di esclusione di cui all’art. 80 del Codice dei contratti pubblici: considerazioni generali. 4. Concordato preventivo in continuità aziendale e concordato in bianco. 5. Posizione della giurisprudenza in relazione agli effetti del concordato in bianco sulle procedure di gara pubbliche. 5.1 La tesi restrittiva. 5.2 La tesi estensiva. 6. La posizione dell’Ordinanza di rimessione sulla *quaestio iuris* sorta nella vicenda. 7. Considerazioni conclusive: effetti sostanziali e formali della tesi restrittiva ed estensiva.

1. Fatto.

L’Ordinanza n. 309 del 2021 di rimessione all’Adunanza Plenaria affronta la delicata questione relativa alle ripercussioni sulla procedura di gara derivanti dalla presentazione, da parte di un operatore economico quale mandante di un RTI, di un’istanza di concordato preventivo in bianco.

Nel caso di specie, dapprima l’aggiudicazione veniva disposta nei confronti di uno degli operatori concorrenti, per poi essere successivamente annullata dal Tribunale amministrativo (e confermata anche in sede di appello) a causa di taluni vizi riscontrati in sede di ricorso promosso dalla società seconda classificata.

Nelle more di tale giudizio di annullamento, tuttavia, la società mandante di un raggruppamento presentava, di fronte al giudice ordinario competente, Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, un ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo di cui all'art. 161, comma 6, del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Legge fallimentare), ottenendo un termine di centoventi giorni per produrre la relativa proposta concordataria.

All'esito delle rinnovate operazioni di gara, l'aggiudicazione dell'appalto di lavori veniva disposta proprio in favore del RTI coinvolto nella procedura concordataria.

Di talché, la società seconda classificata interponeva ricorso al T.a.r. dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, avverso tale aggiudicazione, ritenuta illegittima in quanto disposta nei confronti di impresa in procedura concordataria *ex art.* 161, comma sesto, della Legge fallimentare e non ammessa alla continuità aziendale.

Di contro, la società mandataria del RTI primo classificato presentava ricorso incidentale al fine di impugnare, in via condizionata, la proposta di aggiudicazione disposta nei confronti del proprio raggruppamento e di ottenere la modifica della mandante, sostituendola con altra società indicata nel corso della procedura, ai sensi dell'art. 48, commi 18 e 19-ter, d.lgs. n. 50 del 2016.

Ma a seguito della prioritaria disamina del ricorso incidentale, il Tribunale amministrativo concludeva con il suo rigetto, ritenendo invece di dover accogliere il ricorso principale e, per l'effetto, annullare l'aggiudicazione precedentemente disposta.

Nel delineato contesto, il RTI soccombente in primo grado proponeva appello^[1] al fine di contestare gli approdi cui era giunto il giudice di prime cure. In primo luogo, si evidenziava come le informazioni relative alla procedura per l'ammissione al concordato non fossero mai state sottaciute. Si aggiungeva, peraltro, che non era stata effettuata alcuna modifica soggettiva dell'operatore risultato aggiudicatario, in quanto l'indicazione dell'ATI alternativa era condizionata all'esito negativo della procedura concordataria. Infine, le appellanti lamentavano il fatto che nella sentenza impugnata non era stata debitamente presa in considerazione l'autorizzazione giudiziale intercorsa in pendenza della procedura concordataria, con la quale si consentiva, tra gli altri, la stipula del contratto di appalto.

Ebbene, il nodo problematico di maggior rilievo riguarda la questione degli effetti della proposizione di una domanda di concordato preventivo "in bianco" nell'ambito della procedura di una gara pubblica, in quanto occorre chiarire se essa debba qualificarsi quale motivo di esclusione automatica o meno. Per tal ragione, nell'Ordinanza in commento si richiede il deferimento del dubbio interpretativo all'Adunanza Plenaria.

Mentre le società appellanti escludevano l'ipotesi dell'automatica esclusione, le appellate evidenziavano la correttezza dell'intercorso annullamento dell'aggiudicazione, stante la pendenza di una procedura di concordato preventivo "in bianco" privo della richiesta per l'ammissione alla continuità aziendale. Si condivideva, inoltre, la conclusione cui era giunta la sentenza di primo grado, nella parte in cui escludeva la possibilità di sostituire la mandante con altra impresa esterna al raggruppamento. Del pari, si ribadiva che il mancato possesso dei requisiti della mandante con soluzione di continuità non avrebbe potuto esser sanato da un successivo ricorso finalizzato ad ottenere l'ammissione al concordato con continuità

aziendale. Analogamente, l'intervenuta autorizzazione da parte del Tribunale competente non avrebbe potuto sanare retroattivamente il vizio legittimante l'esclusione.

2. Deferimento all'Adunanza Plenaria.

Alla luce delle ragioni sopra esposte, la Sezione Quinta del Consiglio di Stato ritiene opportuno deferire tali questioni giuridiche all'Adunanza Plenaria, ripercorrendo il quadro normativo di riferimento ed i contrapposti orientamenti giurisprudenziali delineatisi in materia.

La necessità dell'intervento risolutore del Supremo Consesso amministrativo muove, infatti, dalla difficoltà di pervenire ad univoche interpretazioni dell'art. 80, comma 5, lett. b), d. lgs. n. 50 del 2016, laddove si richiama la fattispecie del concordato preventivo quale ipotesi di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica, tuttavia predisponendo specifiche condizioni in presenza delle quali poter derogare a tale principio. Ed è proprio la portata applicativa di tale regime di esclusione a rappresentare il presupposto su cui si fonda il quesito dei Giudici remittenti, specie a seguito dei numerosi interventi normativi che ne hanno modificato sensibilmente i presupposti e gli elementi di raccordo con la disciplina del diritto fallimentare.

Basti pensare che l'attuale formulazione della disposizione è stata introdotta a seguito del d.l. n. 32 del 2019, c.d. Decreto Sblocca cantieri, convertito in legge n. 55 del 2019, ove non appare riprodotto il previgente riferimento al concordato preventivo con continuità aziendale, quale ipotesi derogatoria del principio di esclusione, ma si rinviene invece l'inserimento dell'operatività della disciplina di cui all'art. 186 - *bis* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 relativamente alle procedure di concordato preventivo *tout court*.

È, quindi, del tutto evidente come l'intera fattispecie in esame risulti connotata da complessi elementi di interdisciplinarietà, dovendosi preliminarmente soffermare sulla portata applicativa ed i risvolti processuali che interessano, da un lato, la domanda di concordato preventivo con riserva, ovvero "in bianco", disciplinata dall'art. 161, comma sesto, l. fall.; dall'altro, la fattispecie del concordato con continuità aziendale, nell'ottica delle ripercussioni di tali procedure sulla conservazione, o meno, dei requisiti degli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche.

All'uopo, appare necessario richiamare, in chiave sistematica, sia i principi regolatori della disciplina sulle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, di cui al D. Lgs. n. 50 del 2016 ed in particolare l'art. 80; sia quelli relativi alle procedure concorsuali nell'ambito del diritto fallimentare, al fine di rintracciare un ragionevole punto di equilibrio tra le differenti aree tematiche del diritto.

3. Le cause di esclusione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici: considerazioni generali.

L'istituto delle cause di esclusione, disciplinato dall'art. 80 d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, contiene un elenco di situazioni soggettive nelle quali l'operatore economico non deve incorrere al fine di poter partecipare correttamente alle procedure di affidamento degli appalti pubblici.

Tali condizioni si inseriscono nell'alveo della categoria dei requisiti di ordine generale^[2] e di natura soggettiva, taluni positivi, talaltri negativi, che fungono da criteri guida per l'individuazione delle imprese da ritenersi idonee alla partecipazione alle gare.

Trattasi, in particolare, di requisiti di idoneità morale e professionale, che operano a prescindere dalle caratteristiche oggettive dell'appalto^[3] e si sostanziano in una serie di condizioni dell'impresa concorrente in grado di precluderne la partecipazione, ove sussistenti^[4]. Diversamente, altro ordine di condizioni si collega alla capacità economico – finanziaria e tecnico – professionale degli operatori economici, che variano in funzione delle specifiche caratteristiche della prestazione oggetto dell'appalto.

Nel processo evolutivo di tale sistema normativo, si è affermata la necessità di distinguere due tipologie di requisiti, la cui operatività viene in rilievo in momenti differenti della procedura di selezione per l'aggiudicazione: i criteri di selezione ed i criteri di scelta. I primi attengono a quel complesso di caratteri, quali la professionalità e la solidità economica, che consentono di valutare l'idoneità di un operatore concorrente all'esecuzione della prestazione oggetto della gara. I secondi, invece, sono finalizzati alla scelta in concreto dell'aggiudicatario in base all'offerta formulata, a seguito della comparazione con le altre imprese concorrenti precedentemente ammesse alla gara^[5].

Per quanto tali criteri appaiano, almeno in astratto, di chiara percezione, deve darsi atto delle numerose ipotesi di sovrapposizione fra di essi riscontrate nell'applicazione pratica, soprattutto in relazione al settore degli appalti di servizi. Difficoltà che, come sostenuto dalla dottrina, sembra essersi affievolita grazie agli approdi raggiunti con la nuova codificazione delle norme sui contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ove si distingue a livello terminologico la dizione dei "criteri di selezione", contenuta nella rubrica dell'art. art. 83, da quella dei "criteri di aggiudicazione", di cui all'art. 95^[6].

Tornando all'analisi delle caratteristiche distintive dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, Codice dei contratti pubblici, tra di esse viene certamente in rilievo l'elemento della tassatività, quale principio che vieta alla stazione appaltante di indicare autonomamente e discrezionalmente cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle normativamente elencate, ai sensi dell'art. 83, comma 8, codice dei contratti pubblici. Ciò si giustifica in ragione del fatto che le stesse ipotesi di esclusione limitano, anzitutto, la capacità contrattuale dell'operatore economico, costituzionalmente garantita nella forma della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.; nonché il principio del *favor participationis*, rilevante nel diritto europeo in quanto ritenuto necessario al fine del perseguimento della concorrenza nel mercato. Quale corollario del principio di tassatività delle cause di esclusione si pone, conseguentemente, il divieto di interpretazione estensiva o analogica di esse^[7].

La *ratio* ispiratrice della previsione di tali requisiti si rinviene senz'altro nell'esigenza di garantire l'individuazione di un operatore economico aggiudicatario che risulti affidabile, sia dal punto di vista economico, che professionale. Il tutto, al fine di consentire un efficiente

funzionamento non solo delle singole procedure di gara per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, ma anche del più ampio comparto economico di riferimento.

L'intero impianto codicistico si colloca, infatti, nel solco di una progressiva valorizzazione dei principi dell'Unione europea della concorrenza e della trasparenza che, nell'ottica del perseguimento delle quattro libertà fondamentali e del mercato unico, necessitano della vigenza di regole obiettive e criteri di partecipazione alle gare pubbliche predeterminati *ex ante*, per consentire alla PA di individuare la migliore offerta, connotata dai requisiti della completezza e serietà^[8]. In passato, invece, la legislazione in vigore^[9] non consentiva di ritenersi pienamente soddisfatti tali obiettivi, in quanto la stessa pubblica amministrazione molto spesso godeva di un più ampio margine di discrezionalità in ordine alla scelta, ovvero alla esclusione, del proprio interlocutore^[10].

A riprova delle difficoltà di interpretazione sorte in relazione alla disciplina in commento, basti pensare alle stratificazioni normative che hanno interessato l'attuale formulazione della disposizione di cui all'art. 80, d. lgs. n. 50 del 2016, attuativo degli artt. 38 della direttiva 2014/23/UE e 57 della direttiva 2014/24/UE, e modificato dal "correttivo" di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che nel tempo hanno modificato il previgente art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, attuativo degli artt. 45 della direttiva 2004/18/CE e 54 della direttiva 2004/17/CE.

Ed anche sotto la vigenza della precedente formulazione, non sono mancati dubbi circa l'esatta perimetrazione dell'ambito di operatività del meccanismo della suddetta esclusione, posto che alcuni autori la ritenevano riconducibile alle ipotesi di effettiva mancanza dei requisiti generali; altri, invece, invocavano l'esclusione anche nei casi di omessa dichiarazione del possesso di requisiti da parte dell'operatore concorrente. Nel primo caso, come noto, si attribuirebbe valore al dato sostanziale, mentre nella seconda ipotesi si accoglierebbe una opzione interpretativa più formalistica^[11].

A dirimere, almeno in parte, alcuni nodi problematici in materia è intervenuta la successiva formulazione della norma di cui all'art. 80^[12], codice contratti pubblici, che appare finalizzata a consentire una più ampia partecipazione degli operatori economici alle gare, mediante la valorizzazione del principio del *favor participationis* e la riduzione di taluni oneri amministrativi, come sancito dal *considerando* 84 della direttiva 2014/24/UE. Ulteriore modifica è stata da ultimo apportata, all'art. 80 Codice dei contratti pubblici, mediante il d.l. 14 dicembre 2018, 135, convertito con modificazioni nella l. 11 febbraio 2019, n. 12, nonché il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, come si evince dalla legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55.

Ciò posto, nell'ampia categoria della cause di esclusione, si colloca certamente l'intero comparto delle procedure concorsuali, come testimonia la locuzione contenuta nell'art. art. 80, comma 5, lett. b) Codice dei contratti pubblici, ai sensi della quale è sancito che la stazione appaltante debba escludere dalla procedura di gara un soggetto qualora "*l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'art. 110 del presente codice e dall'art. 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.*"^[13]

In tali casi, l'attenzione del legislatore si giustifica in quanto la generale condizione di solvibilità dell'impresa potrebbe risultare minata, ciò compromettendo la capacità di adempiere le prestazioni eventualmente assunte in sede di aggiudicazione.

Autorevole dottrina^[14] osserva come tale impianto normativo risulti in concreto finalizzato ad individuare un punto di equilibrio tra due ordini di esigenze: da un lato, quella di evitare che le amministrazioni appaltanti abbiano come controparte contrattuale un soggetto in stato di difficoltà economica tale da compromettere il regolare adempimento delle obbligazioni; dall'altro lato, l'esigenza di consentire, al ricorrere delle condizioni previste per legge, gli obiettivi del risanamento delle imprese in stato di crisi^[15].

Ma in letteratura si è posta anche un'ulteriore questione da dirimere, relativa al significato da attribuire all'inciso "*procedimento in corso*" contenuto nella dizione letterale dell'art. 80, comma 5, lett. b), Codice dei contratti pubblici, anch'esso rilevante ai fini della esclusione dell'operatore dalle procedure di gara. Secondo un'interpretazione letterale, dovrebbe attribuirsi rilievo ai casi in cui sia stata presentata una mera istanza di dichiarazione di fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo. Ciò si verificherebbe, secondo taluni autori, a far data dal deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo, qualificandosi tale condotta come confessionaria della consapevolezza dello stato di dissesto dell'operatore economico^[16]. Diversamente, altra dottrina critica tale impostazione, in quanto eccessivamente penalizzante per le imprese^[17].

4. Concordato preventivo in continuità aziendale e concordato in bianco.

Nel decalogo dei motivi di esclusione, si attribuisce particolare rilevanza alle ipotesi in cui l'operatore si trovi coinvolto in una procedura di concordato preventivo, fattispecie che viene in rilievo nell'Ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria.

L'istituto *de quo*^[18] si colloca nella categoria delle procedure concorsuali ed è stato oggetto di molteplici interventi del legislatore, che ne hanno modificato sensibilmente la portata applicativa^[19]. Sin dalla legislazione del 1942, la problematica relativa alla qualificazione della natura giuridica ha diviso la dottrina: vi era chi aderiva alla tesi contrattualistica del concordato e chi, diversamente, propugnava la natura pubblicistica di detto istituto^[20].

In via generale, la domanda di concordato è disciplinata dall'art. 161 del r.d. 16 marzo del 1942, n. 267 e prevede l'istituzione di una procedura concorsuale che, al ricorrere dei presupposti analiticamente enucleati dalla norma, consente all'imprenditore che versi in una situazione di crisi di tentare il risanamento evitando di incorrere nel fallimento. Il tutto regolando i propri rapporti con i creditori mediante un concordato preventivo, ai sensi degli artt. 160 ss. legge fallimentare^[21].

In tale quadro normativo, lo stato di crisi dell'imprenditore rappresenta uno dei presupposti per l'instaurazione di detta procedura e, secondo l'interpretazione autentica fornita dal legislatore, è sancito che per "crisi" debba intendersi anche lo stato di insolvenza, secondo un rapporto di *genus ad species* ^[22].

Ad ogni modo, la nozione di "crisi" assume una portata semantica maggiormente autonoma, rispetto al concetto di insolvenza, nell'ambito del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019, ove l'art. 2, lett. a) prevede che essa debba esser individuata nella probabilità dell'insolvenza, definita in termini di "*inadeguatezza dei flussi di cassa prospettivi a far fronte alle obbligazioni pianificate*".

È stato, poi, da taluni osservato come tale concetto non si identifichi tanto nella temporanea difficoltà ad adempiere dell'imprenditore, dovendosi invece rintracciare l'esistenza di ipotesi specifiche, quali il concreto rischio di insolvenza, la presenza di uno sbilancio patrimoniale connotato dalla grave prevalenza del passivo sull'attivo ovvero ulteriori precisi elementi sintomatici della imminente crisi^[24].

D'altra parte, lo stato di insolvenza, di cui alla lett. b) dell'articolo sopra richiamato, è connotato da una generale incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. In ogni caso, l'art. 85 cod. prevede che l'imprenditore possa proporre una domanda di concordato preventivo qualora si trovi in una delle situazioni sopra evidenziate, ponendosi in termini di alternatività la sussistenza di uno stato di crisi ovvero di insolvenza.

Ciò detto in termini generali, occorre analizzare la fattispecie del concordato in continuità aziendale, quale ipotesi innovativa connotata dal maggior grado di deroghe rispetto all'operatività della disciplina dei motivi di esclusione nelle procedure di appalto.

Ed invero, la fattispecie *de qua* è stata introdotta con l'art. 186-bis, a seguito dell'intervento della L. n. 134/2012, ai sensi del quale è sancito che il debitore deve dare atto, nel piano concordatario, della prosecuzione dell'attività di impresa ovvero, in alternativa, deve prevedere la cessione o il conferimento dell'azienda.

A livello sistematico, certamente la continuità aziendale rappresenta uno dei nodi fondamentali su cui si articola l'intero impianto della novella legislativa, come è possibile desumere da una serie di disposizioni: l'art. 182 - *quinquies*, che concede la prededuzione ai finanziamenti contratti a tal fine; nonché l'art. 169-*bis*, che sancisce la possibilità di recesso del debitore dai contratti pendenti, ove la prosecuzione di essi si frapponga o aggravi la realizzazione del piano.

Di talché, autorevoli autori hanno messo in luce tale obiettivo, che ha rappresentato un profondo mutamento dell'angolo prospettico attraverso il quale affrontare i concetti del diritto concorsuale^[24], passandosi da un sistema costruito sulla figura dell'imprenditore insolvente e "*su una visione statica dei rapporti (i debiti e la loro garanzia patrimoniale)*" ad un differente sistema che vede al centro della propria disciplina l'attività d'impresa, nell'ottica della dinamicità che connota le fasi del ciclo economico e produttivo^[25]. In altri termini, attualmente sembrerebbe assumere un rilievo preminente il dato oggettivo dell'attività di impresa, intesa nella sua estrinsecazione dinamica e funzionale, piuttosto che l'aspetto "soggettivo" dell'imprenditore insolvente ed i debiti ad esso riconducibili.

Quanto alla facoltà di partecipare alle gare d'appalto, viene in rilievo il comma terzo dell'art. 186 bis della legge fallimentare sui contratti in corso di esecuzione, nonché i commi 4 e 5, regolanti le modalità di partecipazione alle procedure di assegnazione di contratti pubblici. Ciò al fine di consentire all'impresa, seppure al ricorrere di specifici presupposti, di preservare le posizioni di mercato che abbia nel tempo conseguito, nell'ottica della valorizzazione del risanamento aziendale^[26].

In tal senso, anche l'adozione del nuovo Codice della crisi d'impresa del 2019 rappresenta, una volta entrato in vigore, una valida linea di continuità rispetto ai principi espressi già in sede di riforma con la novella del 2012^[27].

Accanto al concordato in continuità aziendale, si pone poi l'ulteriore fattispecie del concordato con riserva o "in bianco", disciplinato dall'art. 161, comma 6, l. fall. ed oggetto di numerosi dubbi interpretativi circa la disciplina applicabile alle imprese coinvolte nella partecipazione alle procedure di gara.

In particolare, la peculiarità dell'istituto in esame consiste nel permettere al debitore di depositare il ricorso contenente la domanda di concordato sulla base della semplice allegazione dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, l'elenco nominativo dei creditori e dei rispettivi crediti^[28], posticipando la presentazione della proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro il termine fissato dal giudice, compreso tra sessanta e centoventi giorni, salva la possibilità di proroga come previsto dalla norma in commento.

La norma risulta connotata da un duplice obiettivo: determinare una temporanea paralisi delle azioni esecutive e cautelari dei creditori, nonché consentire la decorrenza del termine *a quo* per attribuire ai "crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore"^[29] la qualifica della prededucibilità, di cui all'art. 111 l. fall. ^[30].

Conseguentemente, la dottrina si è interrogata sulla qualificazione della natura giuridica del concordato preventivo "in bianco", talvolta inquadrandola nella struttura di un procedimento atipico, in grado di assumere le vesti di una vera e propria procedura concorsuale soltanto in sede di decreto di ammissione al concordato preventivo^[31]; talaltra definendola alla stregua di una vera e propria procedura concorsuale^[32].

Come anticipato, qualora l'impresa richiedente l'ammissione al concordato partecipi anche ad una gara pubblica, il sopra citato art. 186 – *bis*, comma 4, l.fall., nell'attuale formulazione, dispone che "*Successivamente al deposito della domanda di cui all'art. 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato*".

Il successivo comma sesto della medesima norma prevede, poi, che l'operatore economico coinvolto nella procedura concorsuale *de qua* possa partecipare alle gare anche unitamente ad altri soggetti, nella forma del raggruppamento temporaneo di imprese, sempreché non rivesta la qualifica di mandataria.

Appare evidente, pertanto, come tale disposizione rivesta un ruolo primario sia nella valorizzazione del principio del *favor participationis*, sia nella realizzazione degli obiettivi di implementazione della redditività dell'impresa. Dovendosi, in quest'ultimo caso, raggiungere un punto di ragionevole bilanciamento anche rispetto ad altri valori: la certezza del diritto, la competitività del sistema economico, nonché l'esigenza di garantire l'affidabilità degli operatori economici partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, tutelando le pubbliche amministrazioni da eventuali rischi scaturenti dalle imprese in una situazione di irreversibile crisi^[33].

5. Posizione della giurisprudenza in relazione agli effetti del concordato in bianco sulle procedure di gara pubbliche.

Le preliminari considerazioni affrontate rivestono un ruolo centrale nell'analisi degli effetti derivanti dalla proposizione di un'istanza di concordato preventivo "in bianco" sulle pendenti procedure di evidenza pubblica. La stessa Sezione remittente, infatti, analizza la questione relativa alla valutazione della compatibilità tra la domanda c.d. in bianco ed una proposta di concordato preventivo in continuità aziendale, di cui all'art. 186 – *bis*, l. fall., chiedendosi se gli effetti di quest'ultimo istituto possano configurarsi anche laddove vi sia una mera domanda di preconcordato.

D'altro canto, persino la cornice normativa entro cui si snodano tali rilievi non appare dirimente sul punto. Mentre la dizione letterale dell'art. 182 - *quinquies*, comma 1, l. fall., sembrerebbe alludere alla possibilità di presentare una domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche mediante un preconcordato di cui all'art. 161, comma 6[34], del medesimo avviso non appare, invece, l'art. 186 - *bis*, comma 1, laddove enuclea i caratteri del primo istituto, a detta di alcuni inconciliabili con la struttura del concordato in bianco[35].

Occorre, poi, tener conto anche delle modifiche apportate dal d.l. n. 32/2019 al testo dell'art. 110, Codice dei contratti pubblici, rilevante in quanto richiamato dall'art. 80, comma 5, lett. b). Tanto più se si considera che la previgente disciplina, all'art. 110, comma 4, secondo periodo, si limitava a riconoscere, nell'ambito del concordato in bianco, la facoltà di proseguire l'esecuzione dei contratti di appalto precedentemente stipulati, previa autorizzazione del giudice delegato.

È evidente che lo stato dell'arte in materia è frutto di continue oscillazioni interpretative, tanto che i Giudici remittenti, ai fini dell'analisi delle questioni giuridiche sottese alla pronuncia, ripercorrono in chiave ricostruttiva i principali approdi ermeneutici susseguiti nel panorama giurisprudenziale.

5.1 La tesi restrittiva.

Secondo una corrente di pensiero, che può esser definita restrittiva[36], la formulazione dell'art. 80, comma 5, lett. b), Codice dei contratti pubblici, precluderebbe la partecipazione alle gare agli operatori che abbiano presentato istanza di concordato in bianco[37].

Si sostiene, infatti, che anche a voler invocare l'art. 186 – *bis* l. fall.[38], nella parte in cui consente ad un'impresa coinvolta nella procedura concordataria di ottenere l'autorizzazione dal Tribunale fallimentare a partecipare ad una gara di appalto, tale disciplina deve coordinarsi armonicamente con gli obiettivi stabiliti, a livello sistematico, dalle regole sulle procedure ad evidenza pubblica.

A titolo esemplificativo, tra di essi si può citare l'esigenza di celerità e definitività nell'assunzione degli impegni contrattuali nella fase dell'aggiudicazione, in antitesi rispetto all'ampiezza dei tempi di definizione della procedura di concordato in bianco, il cui esito è peraltro naturalmente incerto.[39]

La stipulazione del contratto di appalto, infatti, deve aver luogo entro sessanta giorni dal momento in cui è divenuta efficace l'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 8, Codice dei contratti pubblici, momento entro il quale l'aggiudicatario dovrebbe esser in grado di produrre la documentazione all'uopo richiesta dall'art. 186 – *bis*, l. fall.

Conseguentemente, parte della giurisprudenza ha qualificato la fattispecie del concordato in bianco quale atto di straordinaria amministrazione, autorizzabile dal Tribunale solo ove esso risulti “urgente”, ai sensi dell’art. 161, comma 7, l. fall[40], consentendo in tal modo di riequilibrare i numerosi benefici in favore del debitore con un incisivo potere di controllo giudiziale, al fine di scongiurare condotte abusive in danno dei creditori.

Anche nella vigenza della precedente formulazione dell’art. 80, comma 5, lett. b), Codice dei contratti pubblici, vi era chi richiamava, a sostegno dell’orientamento restrittivo in parola, il principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, da ritenersi violato nei casi di presentazione di una domanda di concordato in bianco da parte di un’impresa concorrente.

Ciò in quanto si verificherebbe il difetto dei requisiti di ordine generale previsti dall’art. 80, comma 5, lett. b), che invece riconosce l’operatività dell’eccezione, alla regola generale dell’esclusione, esclusivamente nei casi in cui l’operatore “si trovi” in continuità aziendale a seguito della intervenuta ammissione alla procedura. Diversamente, si ritiene che tali conclusioni non possano estendersi anche alle ipotesi in cui vi siano “procedimenti in corso” per l’ammissione al concordato, come accade in sede di presentazione di domanda di concordato in bianco. All’uopo, nemmeno un’eventuale ammissione giudiziale al concordato con continuità aziendale potrebbe sanare retroattivamente tale difetto di requisiti.

Aderiscono all’interpretazione restrittiva in commento anche alcune pronunce[41] successive alla novella legislativa apportata all’art. 110, comma 4, Codice dei contratti pubblici, dal d.l. n. 32 del 2019.

In termini, anche a fronte di quanto statuito dal sopra citato art. 110, comma 4, prima parte, ove è previsto che le imprese che abbiano presentato domanda di concordato, anche in bianco, sono assoggettate alla disciplina di cui all’art. 186 – *bis*, l. fall, la giurisprudenza ha sottolineato la necessità di tenere in considerazione la seconda parte della medesima disposizione, che richiede l’avvalimento dei requisiti di un altro soggetto, quale ulteriore elemento necessario per partecipazione.

Ed invero, si sostiene che la nuova formulazione dell’art. 110, comma 4, nonché dell’art. 186 – *bis*, comma 4, l. fall., laddove disciplina “*la partecipazione alle procedure di affidamento*”, intenda richiamare esclusivamente le ipotesi successive e non coeve alla presentazione della domanda di concordato in bianco. Queste ultime risulterebbero escluse dalla citata previsione, comportando la perdita sopravvenuta del requisito richiesto dall’art. 80, comma 5, lett. b).

A sostegno di tali rilievi, si suole invocare l’art. 80, comma 6, Codice dei contratti pubblici, che impone alle stazioni appaltanti di escludere gli operatori non solo per mancanza dei requisiti di partecipazione al momento della presentazione della domanda e dell’offerta, ma anche per la sopravvenuta mancanza di essi in corso di gara, alla luce del principio della *par condicio* dei partecipanti.

I fautori della tesi restrittiva, inoltre, utilizzano anche i rilievi effettuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea sulla questione relativa all’eventuale contrarietà alla normativa europea della legislazione nazionale che preveda un diverso trattamento a seconda che gli operatori economici concorrenti abbiano, o meno, presentato un ricorso di concordato contenente un piano per la continuità aziendale.

Sul punto, la Corte di Giustizia UE ha precisato che l'art. 45, par. 2, c. 1, lett. b), direttiva 2004/18/CE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che preveda la possibilità di escludere dalla procedura di appalto pubblico quell'operatore che abbia presentato un ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, qualora si riservi di presentare il piano per la prosecuzione dell'attività in un momento successivo^[42].

Di talché, il differente trattamento previsto dalla legislazione nazionale italiana non violerebbe il principio di eguaglianza ma si giustificerebbe sulla base delle differenze sostanziale che connotano i due istituti: l'affidabilità economica di un operatore che abbia incluso nel proprio piano per il concordato la prosecuzione dell'attività aziendale risulterebbe maggiore rispetto a chi si riservi di integrarlo.

Di conseguenza, gli Stati membri potrebbero applicare le cause di esclusione previste dalla direttiva inserendole nella legislazione nazionale con criteri più o meno rigorosi, ovvero escluderne l'applicazione in specifici casi.

Da ultimo, ma non per importanza, l'orientamento in analisi ha preso posizione anche in ordine all'ultima delle questioni giuridiche deferite all'Adunanza Plenaria^[43], ritenendo esclusa la possibilità di operare modifiche nell'ambito della compagine del RTI aggiudicatario, all'interno del quale la società mandante aveva presentato domanda di concordato in bianco. In questo caso, quindi, enfatizzandosi un'interpretazione restrittiva delle ipotesi derogatorie di cui all'art. 48, commi 18 e 19 ter del d.lgs. n. 50 del 2016.

5.2 La tesi estensiva.

Sin dalla previgente formulazione della disciplina di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006, le conclusioni testé citate sono state avversate dai sostenitori della tesi estensiva.

Essi ritengono che la facoltà di partecipare alle gare pubbliche non dovrebbe esser preclusa alle imprese che hanno proposto un'istanza di concordato preventivo "in bianco"^[44], in virtù del principio che ne consente la partecipazione nelle more tra la presentazione della domanda di concordato con continuità aziendale e la relativa ammissione^[45].

La stessa corrente di pensiero, tuttavia, non sempre riconosce *sic et simpliciter* l'operatività di tali argomentazioni^[46]: vi è, infatti, chi richiede ulteriormente la verifica della sussistenza, nella domanda di concordato, di elementi tali da far ragionevolmente presumere che l'intera procedura non si traduca in una mera ipotesi liquidatoria, bensì in una prosecuzione dell'attività aziendale^[47].

In dottrina si è osservato^[48] che i numerosi dubbi interpretativi sorti in materia, pur non essendo stati superati a livello legislativo né con l'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, né con il decreto correttivo, sembrerebbero aver raggiunto una compiuta definizione mediante la novella introdotta con il d.l. n. 32 del 2019, convertito in legge n. 55/2019.

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 110, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, che richiama espressamente la disciplina di cui all'art. 186-*bis*, l. fall., anche con riferimento alle ipotesi del

concordato in bianco. Ciò testimonia, dunque, la *voluntas legislatoris* di estendere la disciplina ivi prevista all'intera categoria del concordato preventivo, da intendersi secondo una concezione più ampia, tale da ricomprendere al suo interno anche la fattispecie del concordato in bianco.

L'adesione a tali rilievi postulerebbe, quindi, la valorizzazione del principio del *favor participationis*, riconducibile anche agli obiettivi perseguiti dalla riforma fallimentare, finalizzata a superare quella concezione statica del concetto di crisi dell'impresa, per abbracciare una nozione di risanamento che tenga conto dell'attività dinamica posta alla base dell'intera vita operativa dell'azienda. Il tutto, fermo restando quanto previsto dall'art. 110, comma 4, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, che richiede l'avvalimento dei requisiti di altro soggetto sino alla intervenuta ammissione al concordato.

Ciò posto, anche l'orientamento estensivo ha affrontato la problematica relativa alla qualificazione della natura giuridica della partecipazione delle imprese concorrenti alle procedure di evidenza pubblica, da intendersi in termini di ordinaria o straordinaria attività.

Come noto, infatti, l'inclusione nell'una ovvero nell'altra categoria risulta fondamentale ai fini della individuazione dei poteri di gestione riconosciuti in capo all'impresa stessa, come testimonia la differente disciplina prevista dall'art. 161, comma 7, l. fall.

In particolare, dopo la presentazione dell'istanza di ammissione e prima della decisione del tribunale di cui all'art. 163 della medesima legge, il debitore può compiere atti di ordinaria amministrazione, senza la previsione di particolari formalità. Nel caso degli atti di straordinaria amministrazione, invece, è necessario che essi risultino "urgenti" e che sia intervenuta apposita autorizzazione del tribunale.

Nel delineato contesto, la soluzione accolta dalla tesi estensiva propende per la qualificazione della partecipazione alle gare pubbliche quale ipotesi di ordinaria amministrazione, trattandosi di attività riconducibile alla normale gestione dell'impresa e delle sue finalità, in grado di migliorare il patrimonio dell'azienda laddove essa risulti aggiudicataria dell'appalto[49].

Tanto evidente appare, quindi, la differenza sostanziale che connota, invece, gli atti di straordinaria amministrazione: la capacità di incidere negativamente nei confronti del patrimonio societario, compromettendone la stabilità ed in danno della massa dei creditori

Come anticipato, a livello normativo il fulcro della disciplina applicabile è racchiusa nell'art. 161, comma 7, l. fall., che enuclea, in via esemplificativa, una serie di atti considerati espressione dell'attività di straordinaria amministrazione. Tuttavia, lo stesso carattere esemplificativo, e non esaustivo, di tale elencazione impone di ricorrere ai principi generali operanti in materia, al fine di individuare, più compiutamente, il *discrimen* tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione[50].

In linea teorica, tale distinzione potrebbe apparire chiara: mentre gli atti legati ad un'attività ordinaria dell'impresa attengono alla conservazione ovvero al miglioramento del patrimonio, quelli che ne comportano l'eventuale dispersione rientrano nell'alveo della categoria della straordinaria attività di gestione dell'impresa. Ma sul piano pratico, non sempre si ha un automatico riscontro di tali elementi.

La bussola da tenere in adeguata considerazione attiene, quindi, all'interesse dei creditori: talune situazioni, pur se astrattamente qualificabili come di ordinaria amministrazione, possono infatti rilevarsi foriere di un elevato indice di pericolosità o rischio di depauperamento patrimoniale per l'assetto economico-organizzativo della impresa nell'ambito della procedura di concordato^[51].

Con riferimento alla natura ed agli effetti dell'autorizzazione giudiziale del Tribunale civile ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, la tesi in commento ne propugna l'inquadramento in termini di condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione. Tale accezione, si sostiene, ne legittima l'intervento anche nel corso del procedimento di evidenza pubblica, se non addirittura a seguito della aggiudicazione, senza pur tuttavia comprometterne la regolarità e l'efficacia.

Aderiva a tale ricostruzione anche parte della giurisprudenza civile, in epoca anteriore alle recenti riforme delle procedure concorsuali, quando si interrogava sulla *quaestio iuris* relativa alla compatibilità di una sanatoria degli atti di straordinaria amministrazione, privi della relativa autorizzazione giudiziale, rispetto alla sanzione di cui all'art. 173 della legge fallimentare.

Orbene, anche in tal caso, essendo qualificata quale *condicio iuris* di efficacia dei negozi giuridici rispetto ai creditori anteriori alla procedura, si stabiliva che non era necessaria l'antioriorità dell'autorizzazione, ben potendo intervenire anche in un momento successivo^[52].

Ed infine, occorre dare atto della posizione assunta dall'orientamento estensivo in relazione alla portata applicativa dell'art. 48, commi 17, 18, 19 ter del d.lgs. n. 50/2016, che si è espresso in termini favorevoli alla possibilità di consentire la sostituzione della mandante coinvolta nella procedura concorsuale di cui all'art. 161, comma 6, l. fall., con altro operatore economico estraneo alla procedura di gara.

6. La posizione dell'Ordinanza di rimessione sulla *quaestio iuris* sorta nella vicenda.

La Sezione remittente, nel ricostruire le questioni oggetto delle differenti interpretazioni offerte dalla giurisprudenza e dalle parti del giudizio, mette in luce le conseguenze giuridiche, nonché pratiche, che scaturiscono dall'adesione alla tesi restrittiva, ovvero a quella estensiva.

Premessi taluni rilievi di ordine sistematico delle relative discipline applicabili agli istituti del concordato in bianco e del concordato con continuità aziendale, nell'Ordinanza di rimessione si evidenzia una propensione per la tesi estensiva, ritenuta maggiormente in linea con le finalità del diritto fallimentare, alla luce delle recenti riforme.

Nel giungere a tale conclusione, essa muove dall'assunto che vede gli istituti del concordato con continuità aziendale ed il concordato in bianco legati dalla medesima *ratio*, finalisticamente orientata a consentire alle imprese in crisi di partecipare alle procedure di evidenza pubblica, in deroga al divieto di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), d. lgs. n. 50 del 2016.

E il contrappeso, in grado di bilanciare questi benefici per l'operatore economico concorrente, va rintracciato nell'autorizzazione di cui all'art. 186 – *bis*, l. fall. (consistente nella verifica della conformità agli interessi dei creditori di una eventuale acquisizione della commessa pubblica), in grado quindi di tutelare anche le ragioni della Pubblica Amministrazione appaltante quanto alla verifica in concreto dell'affidabilità del soggetto contraente.

La Sezione, come anticipato, non manca di evidenziare la natura di atto di accertamento di tale autorizzazione, ciò implicando *“la sua retroazione al momento in cui la valutazione si riferisce, e non già a quella in cui essa è stata formalizzata nell'atto autorizzativo”*.

Orbene, nel solco delle considerazioni sostenute dai fautori della tesi estensiva, i Giudici remittenti ritengono che lo schema autorizzativo di cui all'art. 186 - *bis*, comma 4[53], possa estendersi anche ai casi di presentazione di una domanda di concordato in bianco, di cui all'art. 161, comma 6, l. fall., valorizzandosi gli effetti prenotativi di tale atto, laddove volto alla prosecuzione dell'attività di impresa ed alla luce del carattere unitario dell'intera procedura.

Diversamente opinando, si osserva, potrebbero sorgere dei problemi di compatibilità dell'art. 80, comma 5, lett. b), d. lgs, n. 50 del 2016, con l'art. 57, par. 4, secondo periodo, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, laddove dispone di effettuare una valutazione in concreto circa l'affidabilità dell'impresa, potendosi prevedere la deroga alla operatività delle ipotesi di esclusione nei casi di accertata capacità dell'impresa concorrente ad eseguire il contratto, nell'ottica della più ampia prosecuzione dell'attività aziendale.

Ulteriore ostacolo alla adesione alla tesi restrittiva è stato rinvenuto nella contrarietà ai precetti costituzionali di cui agli artt. 3, 41 e 117 Costituzione, in quanto l'opzione ermeneutica in parola si tradurrebbe in una ingiustificata disparità di trattamento riservata a situazioni analoghe, quali l'accesso immediato ovvero quello differito al concordato con continuità aziendale.

Sembra anche in tale inciso riecheggiare, a detta della Sezione remittente, la necessità di qualificare l'intera procedura concordataria alla stregua di un procedimento inteso nella sua dimensione unitaria, essendo le fattispecie del concordato in bianco ed in continuità aziendale entrambe connotate dalla medesima finalità, la stessa che ha spinto negli ultimi anni il legislatore a riformare più volte la materia fallimentare: quella di guidare l'impresa oltre la situazione di crisi, ciò nell'interesse sia dei creditori, sia del mercato, al ricorrere delle condizioni di legge.

7. Considerazioni conclusive: effetti sostanziali e formali della tesi restrittiva ed estensiva.

Sulla scorta dei rilievi ermeneutici effettuati dalla Sezione remittente ed in attesa che si pronunci definitivamente l'Adunanza Plenaria, occorre dare atto delle difficoltà interpretative che connotano le questioni oggetto dell'Ordinanza, essendo ciò comprovato anche dal continuo intervento del legislatore *in subiecta materia*, sia nella disciplina degli appalti, sia nel sistema delle procedure concorsuali.

Come ampiamente affrontato nel corso dei precedenti paragrafi, il carattere a tratti “ambivalente” delle disposizioni che vengono in rilievo ha dato la stura all’emersione di due differenti posizioni interpretative nella giurisprudenza amministrativa, dalle quali scaturiscono inconciliabili effetti sostanziali.

La tesi estensiva, ritenuta preferibile dalla Sezione remittente, propugna la valorizzazione del percorso storico evolutivo che ha, di recente, comportato la modifica, tra gli altri, della formulazione dell’art. 110, comma 4, Codice dei contratti pubblici, laddove estende l’operatività della disciplina derogatoria di cui all’art. 186 – *bis* l. fall. anche alle ipotesi di concordato in bianco. Conseguentemente, si è sostenuto che l’attivazione di una procedura concordataria di tal natura non possa esser qualificata alla stregua di una causa di automatica esclusione, ben potendo l’impresa concorrente richiedere la specifica autorizzazione del Tribunale fallimentare di cui all’art. 186 – *bis* l. fall. nel corso della procedura di gara.

Diversamente, la tesi restrittiva propende per una lettura di maggior rigore della normativa in commento, ai sensi della quale la formulazione dell’art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016 dovrebbe intendersi nel senso di precludere la partecipazione alle gare agli operatori economici che abbiano presentato un’istanza di concordato in bianco. A detta di tale orientamento, anche la nuova formulazione dell’art. 110, comma 4, Codice dei contratti pubblici, militerebbe in tal senso, laddove il richiamo all’art. 186-*bis* l. fall. si ritiene riconducibile esclusivamente alle ipotesi di partecipazione alle gare successive alla presentazione della domanda di concordato in bianco, non potendo quindi applicarsi alle gare pendenti.

Più in particolare, la *ratio* della tesi estensiva appare ispirata alla valorizzazione del principio del *favor participationis*, secondo una logica maggiormente inclusiva, consentendo la partecipazione alle gare anche a quelle imprese coinvolte nelle procedure di concordato in bianco, grazie agli effetti “prenotativi” ed alla luce degli obiettivi di prosecuzione dell’attività di impresa, nell’ottica del superamento della crisi.

Ciò posto, le stesse premesse da cui prende le mosse la tesi estensiva potrebbero rappresentare un eventuale elemento di criticità rispetto al principio generale del divieto di offerte condizionate nell’ambito delle procedure di gara^[54], la cui *ratio* è duplice: da un lato, essa persegue l’obiettivo di tutelare la *par condicio* dei partecipanti; dall’altro, consente di individuare con precisione e certezza il contenuto dell’offerta^[55], alla luce delle scelte effettuate dall’impresa concorrente.

In effetti, un’interpretazione eccessivamente rigorosa del divieto di offerte condizionate determinerebbe l’esclusione degli operatori economici che, in pendenza della gara pubblica, abbiano presentato domanda di concordato in bianco. Ciò in quanto la necessaria autorizzazione giudiziale richiesta dall’art. 186- *bis* l. fall. dovrebbe qualificarsi, con tutti i temperamenti del caso, come una sorta di “condizione” apposta alla partecipazione stessa, in modo da condizionare anche l’offerta dell’operatore economico, secondo un rapporto di derivazione.

Tuttavia, sul piano pratico, la suesposta interpretazione potrebbe comportare problemi di compatibilità con l’attuale formulazione del dato positivo, traducendosi in una consistente limitazione della portata applicativa della disciplina di cui agli artt. 80, comma 5, lett. b) e 110, comma 4, d. lgs. n. 50 del 2016.

Del resto, sulla scorta di una lettura sistematica della normativa in rilievo, l'interrogativo in analisi potrebbe all'oggi trovare una propria composizione anche grazie a taluni temperamenti introdotti dagli interpreti nell'ambito delle argomentazioni poste alle basi della tesi estensiva. Ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui si richiede che l'autorizzazione di cui all'art. 186 – *bis* l. fall. debba intervenire prima dell'aggiudicazione, essendo quest'ultimo il momento che segna la conclusione della fase di selezione del contraente privato, in occasione del quale l'operatore economico deve essere in possesso dei requisiti di partecipazione^[56]. Il tutto, come è evidente, al precipuo fine di evitare un'eccessiva dilatazione dell'*iter* afferente alla domanda di concordato in bianco, a fronte della necessaria celerità che contraddistingue la procedura di gara.

Ancor più di recente, in giurisprudenza si è anche affermato che l'intervento dell'ammissione giudiziale al concordato con continuità aziendale prima dell'aggiudicazione non consente di qualificare come causa di esclusione, di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), Codice dei contratti pubblici, la proposizione di una domanda di concordato in bianco da parte dell'impresa concorrente^[57].

Non da ultimo, la tesi estensiva impone di riflettere circa la sua portata applicativa rispetto al nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, laddove, senza pretesa di esaustività, la disciplina concordataria prevista all'art. 44, rubricato “*Accesso al concordato preventivo e al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione*”, consente al debitore di chiedere un termine, compreso tra trenta e sessanta giorni, per il deposito della proposta di concordato ed il piano, nonché l'ulteriore documentazione prevista per legge, ai sensi del comma 1, lett. a). Seppure non risulti espressamente stabilito dalla lettera della disposizione testé menzionata, la disciplina in essa contenuta sembrerebbe regolare proprio la fattispecie del concordato “in bianco”, o con riserva, attualmente cristallizzata nella disposizione di cui all'art. 161, comma 6, l. fall.

Sulla scorta di un raffronto tra la formulazione dello *ius superveniens* di cui all'art. 44, Codice della crisi d'impresa, e l'art. 161, comma 6, citato, appare evidente che i termini concessi al debitore sono dimidiati. Tale scelta legislativa sembra improntata alla necessità di imprimere maggiore celerità alla definizione della procedura concordataria con riserva. Elemento, quest'ultimo, utile per consentire *de iure condendo* una sorta di raccordo fra la procedura di concordato in bianco e le procedure di evidenza pubblica, nell'intricato contrasto sorto sia in dottrina sia in giurisprudenza che, da ultimo, ha imposto il deferimento delle sopra delineate questioni all'Adunanza Plenaria.

[1] In particolare, la società mandante e quella mandataria del RTI soccombente presentavano autonomi ricorsi in appello, riuniti in trattazione ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a. essendo rivolti avverso la medesima sentenza.

[2] Per approfondimenti sui requisiti di ordine generale *ex multis* v. R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M. A. Sandulli, R. De Nictolis, II, Milano, Giuffrè, 2019, p. 1267 ss.; R. De Nictolis, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, EPC, p. 397 ss.; D. Villa, *La selezione degli offerenti*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, diretto da F. Caringella, P. Mantini e M. Giustiniani, Roma, Dike, 2016, p. 273 ss.; R. Garofoli e G. Ferrari, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, II ed., Roma, Neldiritto, 2017, p. 445 ss.; F. Pignatiello, *Le novità in tema di cause di esclusione*, in *Il correttivo al codice dei contratti pubblici. Guida alle modifiche introdotte dal d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, a cura di M. A. Sandulli, M. Lipari e F. Cardarelli, Milano, Giuffrè, 2017, p. 207 ss.; A. Cianfalone, G. Giovannini e F. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, XIII ed., I, Milano, Giuffrè, 2018, 599 ss.

[3] Sul commento dell'art. 80, Codice dei contratti pubblici, cfr. S. CACACE, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 8.11.2016.

[4] Cfr. S. Sticchi Damiani *I requisiti di ordine generale*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2010, p. 423-424.

[5] Cfr. P. Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, Maggioli, 2005, p. 745.

[6] Sul punto, vedasi R. Greco, *L'evoluzione normativa delle "cause di esclusione"*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, diretto da M. A. Sandulli e R. De Nictolis, 2019, p. 759 ss.

[7] Per approfondimenti sul punto, vedasi Cons. St., sez. V, 21 luglio 2015 n. 3595, in *Foro amm.*, 2015, n. 7-8, 1965; Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 29 ottobre 2015 n. 12239, in *dejure.it*; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 13 gennaio 2014 n. 19, in *Foro amm.*, 2014, n. 1, 235.

[8] Cfr. M. Antonucci, *I nuovi criteri di partecipazione alle gare di appalto*, su *Il Cons. St.*, 2005, II, p. 557 ss.

[9] Ci si riferisce, in particolare, agli artt. 2 e 4 del capitolato generale delle opere pubbliche, decreto del Ministro dei lavori pubblici del 28 maggio 1895.

[10] Cfr. P. Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Maggioli, 2005, p. 746.

[11] In tema, si veda, tra gli altri, S.S. Scoca, *Contratti pubblici: l'effettività della tutela tra formalismo e sostanzialismo*, in *Giur. it.*, 2015, n. 3, 699 ss.; S. Foa', *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, n. 11, p. 1147 ss.

[12] Cfr. S. Cacace, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 8 novembre 2016.

[13] La norma attualmente in vigore è frutto delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 20, lett. o), n. 3 del d.l. n. 32 del 2019, convertito nella l. n. 55 del 2019. Con particolare riguardo al nuovo art. 110, cfr. R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, in *Urb. app.*, 2019, n. 4.

[14] Cfr. V. Di Iorio, *Procedure concorsuali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Giuffrè, p. 824 ss.

[15] Sul punto, vedasi F. Aperio Bella, *Requisiti di ordine generale*, in *Manuale di diritto amministrativo*, IV, *I contratti pubblici*, a cura di F. Caringella e M. Giustiniani, Roma, Dike, 2014, par. 2 (*Fallimento e procedure concorsuali*), 507 ss.; S. Ambrosini, *La sorte dei contratti in corso di esecuzione*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di F. Vassalli, F. P. Luiso e E. Gabrielli, IV, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 123 ss.; R. Proietti, *Commento all'art. 38. Requisiti di ordine generale*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccarini, G. Chine' e R. Proietti, II ed., Giuffrè, 2015, p. 485 ss.

[16] Cfr. Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010 n. 2155, in *Dir. proc. amm.*, 2010 n. 2, 617.

[17] Cfr. R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Zanichelli, 2020, p. 749.

[18] Per approfondimenti sull'istituto, cfr. C. Cecchella, *Il diritto dell'impresa e dell'insolvenza*, Cedam, 2020, p. 524 ss.

[19] Tra le riforme che hanno interessato l'istituto del concordato, si possono citare le modifiche apportate dal d.lgs. 5/2006, dalla L. n. 80/2005, ed i successivi interventi di cui al d.lgs. n. 169/2007, nonché la L. n. 134/2012, L. n. 98/2013 e il d.l. n. 38/2015, convertito nella L. n. 132/2015. In particolare, si segnala anche l'intervento del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, emanato con il D. Lgs. 14/2019.

[20] Per approfondimenti sulla ricostruzione del dibattito relativo alla natura giuridica del concordato preventivo, si veda G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Giuffrè, 2017, p. 77 ss.

[21] G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, vol. III, 2013, pag. 413 ss.

[22] Si veda l'art. 36 della legge 30 dicembre 2005 n. 273 (c.d. mille proroghe).

- [23] Cfr. C. Cecchella, *Il diritto dell'impresa e dell'insolvenza*, cit., Cedam, 2020, p. 529.
- [24] G. Terranova, *Le procedure concorsuali*, Giappichelli, 2019, p. 541 ss.
- [25] Cfr. S. Pacchi, *Dalla meritevolezza del debitore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Siena, 1988.
- [26] G. Terranova, *Le procedure concorsuali*, cit., p. 604 ss.
- [27] C. Cecchella, *Il diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit. Cedam, 2020, p. 524 ss.
- [28][28] Tale inciso è stato aggiunto con il “Decreto del fare”, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con legge 9 agosto 2013, n. 98.
- [29] Cfr. art. 161, comma 7, l. fall.
- [30] Quanto alle analogie riscontrate rispetto alla disciplina già prevista per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, cfr. P. Valenzise, *Commento all'art. 182-quater*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. A. Sandulli e V. Santoro, vol. III, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2254 ss.; M. Fabiani, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 902.
- [31] A. Patti, *Quale compensazione nella consecuzione del fallimento a proposta di concordato preventivo inammissibile?*, in *Il fallimento*, n. 7, 2015, p. 821; F. Lamanna, *Le norme transitorie della miniriforma di cui al d.l. n. 83/2015: il significato di “procedimenti introdotti” dopo la legge di conversione*, in www.ilfallimentarista.it, 13 novembre 2015.
- [32] In tal senso, cfr. L. D'Orazio, *Il procedimento e la deliberazione del concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di A. Caiafa, A. Salvi, Pacini giuridica, 2016, p. 52 ss.; S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa alla luce della miniriforma del 2015, la nuova riforma del diritto concorsuale*, in AA. VV., Torino, 2015, 24; A. Farolfi, *Le novità in materia di esecuzioni forzate e procedure concorsuali, Fallimento e concordato preventivo: le novità di agosto*, Corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Formazione decentrata di Bologna, 2015, 16.
- [33] Sul punto, cfr. G. Terranova, *Le procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 606 ss.
- [34] In tal senso, l'ANAC, con la determinazione n. 5 dell'8.4.2015, ha ritenuto che ciò possa configurarsi laddove nell'istanza, anche se in bianco, siano presenti taluni elementi esemplificativi della portata prenotativa del concordato con continuità aziendale.
- [35] Tali ultimi rilievi vengono utilizzati da quell'orientamento che sostiene l'inconciliabilità tra i due istituti, con la conseguente inapplicabilità della deroga ex art. 186 – bis alle ipotesi di concordato preventivo in bianco, da qualificarsi, a detta di tale opzione ermeneutica, quale condizione impeditiva alla partecipazione delle gare pubbliche. Cfr., tra gli altri, Cons. St., Sez. III, 18 ottobre 2018, n. 5966.
- [36] Cfr. Cons. St., VI, 13.6.2019 n. 3984; Tar Piemonte, Torino, sez. II, 7 marzo 2019, n. 260.
- [37] Per approfondimenti in tema, cfr. R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge “sblocca cantieri”*, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 748 ss.; V. Di Iorio, *Procedure concorsuali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Giuffrè, 2019, par. 6.5 (*Il concordato in bianco o con riserva*), p. 834 ss.
- [38] Laddove esso, anche a seguito di ricorso per l'ammissione al concordato, consente ad una impresa di poter ottenere un'autorizzazione giudiziale per la partecipazione alle gare di appalto.
- [39] Come noto, la procedura di concordato “in bianco” o con riserva può sfociare non solo nel concordato in continuità aziendale, ma anche nel concordato liquidatorio.
- [40] In tal senso, cfr. Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3984; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 7 marzo 2019, n. 260; TAR, Lazio, Roma, sez. II ter, 22 luglio 2019, n. 9782.
- [41] Tar Lazio, Roma, sez. II- ter, 22.7.2019, n. 9782.
- [42] C. giust. UE, X, 28.3.2019 C-101/18, *Idi srl*.

[43] “Se le disposizioni normative di cui all’art. 48, commi 17, 18, 19 ter del d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo c.d. in bianco ex art. 161, comma 6, cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l’esclusione del r.l.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione”.

[44] Tra le pronunce che accolgono la tesi estensiva, si segnalano, tra le altre, Cons. St., Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328; Cons. St., Sez. III, 20 marzo 2018, n. 1772; TAR Lazio, Sez. III quater, 19 settembre 2019, n. 11143; TAR Lombardia, Milano, Sezione IV, 30 dicembre 2015, n. 2877; Cons. St., Sez. VI, 3 febbraio 2016 n. 426, in *dejure.it*.

[45] Cfr. V. Di Iorio, *Procedure concorsuali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Giuffrè, 2019, par. 6.5 (*Il concordato in bianco o con riserva*), p. 835.

[46] Per approfondimenti sulla tesi estensiva, si consiglia la consultazione di S. Francario, *Autorizzazione alla continuità aziendale sopravvenuta in corso di gara*, in *l’Amministrativista*, 26 febbraio 2021.

[47] Cfr. determinazione ANAC, 8 aprile 2015, n. 5.

[48] In tal senso, cfr. V. Di Iorio, *Procedure concorsuali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Giuffrè, 2019, par. 6.5 (*Il concordato in bianco o con riserva*), p. 836; per ulteriori rilievi critici, cfr. anche R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge “sblocca cantieri”*, Zanichelli, 2020, p. 746 ss.

[49] Cfr. Cons. St., Sez. III, 8 maggio 2019, n. 2963.

[50] Cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Giuffrè, 2017, p. 336 ss.

[51] Cfr. Cass. 11 agosto 2004 n. 15484, in *Giust. civ.* 2005, I, p. 2656 ed in *Fallimento* 2005, p. 92. Per approfondimenti sul tema, vedasi anche AA. VV. (M.M. Gaeta), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino Utet giuridica, 2009, p. 1645 ss. Sugli organi del concordato preventivo, cfr. A.A.V.V., (M. A. Perrino), *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Wolters Kluwer 2015, sub art. 165, p. 1968; P. Pellegrinelli; *Gli aspetti processuali degli atti autorizzabili dal tribunale nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.* 2014, I, p. 532 ss.

[52] Trib. Verona 6 marzo 1991, in *Fallimento* 1992, II, p.818, con nota di M. Lazzera, *vendita di azienda e concordato preventivo*. Per approfondimenti anche sulle differenti concezioni, cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Giuffrè, 2017, p. 339; A.A. V.V. (M.M. Gaeta), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Faucella e L. Panzani, cit., p. 1653.

[53] Nella versione applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche apportate dal decreto – legge n. 32 del 2019.

[54] Sulla portata del principio generale del divieto di offerte condizionate, cfr. art. 72, R.D. n. 827 del 23 maggio 1994, *Regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

[55] Per approfondimenti sulla fase della presentazione delle offerte, cfr. M. Lipari, *Fasi delle procedure di affidamento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Giuffrè, 2019, p. 94.

[56] Cfr. Cons. St., Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328.

[57] Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 2150.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1615 – 15 marzo 2021

Responsabilità (contrattuale) della pubblica amministrazione e tutela del terzo (a proposito di CGARS 15 dicembre 2020 n. 1136)

di Giulia Mannucci

Sommario: 1. Premessa – 2. Il caso – 3. I passi in avanti della pronuncia... – 4. ...e le battute d'arresto: il caso dei terzi. – 5. Terzi-parte e terzi-chiunque – 6. Conclusioni

1. Premessa.

La pronuncia del Consiglio di giustizia per la regione siciliana (15 dicembre 2020, n. 1136) si occupa di responsabilità dell'amministrazione: un tema classico, eppure, come dimostra la stessa rimessione all'Adunanza Plenaria, ancora foriero di dubbi interpretativi. Questo perché l'approccio al tema è condizionato dal modo di intendere l'interesse legittimo e, più in generale, il rapporto tra amministrazione e privati. Dunque, dipende da come si leggono i mutamenti che, a livello sostanziale e processuale, hanno riguardato il diritto amministrativo negli ultimi anni. L'interesse per la sentenza nasce così, prima ancora che dalla soluzione adottata, dai presupposti che la sorreggono e dagli argomenti che il giudice utilizza per supportarla, specificamente concernenti la natura dell'interesse legittimo e la fisionomia del rapporto giuridico amministrativo.

Osservata da questa angolatura, la pronuncia, che a una prima lettura sembra proporre una soluzione innovativa e condivisibile, rivela alcune criticità nell'impianto argomentativo: per quanto, infatti, presupponga l'idea che il diritto amministrativo oggi non serva più (soltanto)

a controllare il potere pubblico, ma abbia anche (innanzitutto) a oggetto la tutela di posizioni individuali, sono visibili gli echi di impostazioni di segno diverso che, per un verso, minano la coerenza del disegno complessivo e, per l'altro, dimostrano capacità di resistenza anche di fronte al mutato assetto dei rapporti nel diritto pubblico.

Nel commento che segue, anziché analizzare nel dettaglio i quesiti proposti all'Adunanza plenaria e le conseguenze dell'adesione alla tesi della natura contrattuale della responsabilità^[1], si vorrebbe riflettere su alcune di quelle contraddizioni. Dopo un rapido *excursus* sui fatti che stanno alla base della decisione, ci si soffermerà sul *focus* della pronuncia relativo al cd. rapporto pubblico, esaminato dalla prospettiva dei soggetti terzi, cui la stessa pronuncia, in un passaggio rapido ma carico di significati, fa riferimento. L'esistenza di 'terzi', come noto, è non di rado considerata fonte della vera specialità del diritto amministrativo, perché la loro tutela imporrebbe una torsione delle logiche sottese alla tutela soggettiva dei rapporti: secondo un'opinione diffusa, che sembra trovar riscontro anche nella sentenza, la (piena) ricostruzione delle relazioni amministrative in termini obbligatori rischierebbe "di privare di rilevanza la posizione dell'eventuale soggetto terzo"^[2], finendo per riespadere l'area delle scelte sottratte a ogni sindacato. Il terzo continuerebbe così a rappresentare il baluardo della specificità del diritto amministrativo, fungendo da freno alla transizione del diritto (e del processo) amministrativo dall'atto al rapporto.

Ma è proprio così? La logica obbligatoria che oggi connota il rapporto con il destinatario è davvero incompatibile con la figura del terzo? Oppure è giunto il momento di mettere in discussione anche questo segmento del rapporto amministrativo?

2. Il caso.

Nel caso in esame, un'impresa aveva ottenuto il rilascio di una autorizzazione unica ambientale soltanto dopo che il giudice di primo grado aveva ordinato all'amministrazione di pronunciarsi sul silenzio illegittimamente serbato di fronte all'istanza privata. Lo stesso Tar aveva nondimeno dichiarato inammissibile la domanda di risarcimento del danno, che viene riproposta davanti al Consiglio di giustizia siciliano, sia sotto forma di danno emergente, sia sotto forma di lucro cessante: nelle more del procedimento era infatti stata modificata la disciplina degli incentivi pubblici, rendendo così impossibile l'effettivo esercizio della attività, che avrebbe finito per svolgersi "in condizioni di costante perdita [...] non potendo i ricavi remunerare gli elevati costi della tecnologia da impiantare"^[3].

Il giudice di secondo grado, a differenza del Tar, apre alla possibilità di una responsabilità dell'amministrazione e chiede all'Adunanza plenaria se la sopravvenienza occorsa debba effettivamente considerarsi interruttiva del nesso causale, così escludendosi la responsabilità dell'amministrazione, o se non sia invece applicabile la teoria dello scopo della norma violata. In base a esso, la causa dell'effetto lesivo è "un evento che costituisce concretizzazione dello specifico rischio che la norma incriminatrice mirava a prevenire"^[4], con la conseguenza che il ritardo dell'amministrazione andrebbe considerato la causa del pregiudizio prodottosi in capo all'impresa, indipendentemente dalla sopravvenienza.

Ciò non dipenderebbe, secondo il giudice, soltanto dal fatto che, su un piano generale, "il passare del tempo" inevitabilmente aumenta "il rischio del fallimento dell'operazione programmata", ma discenderebbe, prima ancora, dalla logica cui si ispira l'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo. Siffatta norma, secondo il giudice, non rappresenta "un

mero canone generale dell'attività amministrativa", bensì è stata introdotta dal legislatore a tutela del "valore economico del tempo e dei rischi al medesimo connessi"^[5] ed è dunque apprezzabile in termini di diritto alla certezza. Una conferma giungerebbe dalla connotazione "patologica" e "fortemente negativa" che il silenzio riveste nella triplice prospettiva "eurounitaria, costituzionale e sistematica", nonché dalla parallela centralità progressivamente assunta nel nostro ordinamento dal principio di trasparenza^[6].

Sulla base di questi presupposti il giudice compie una articolata (ancorché "largamente sovrabbondante"^[7]) ricostruzione della responsabilità civile della amministrazione, riconducendola nell'alveo della responsabilità contrattuale^[8], con effetti a cascata sulla configurazione del rapporto amministrativo. Proprio a questi due punti chiave (la responsabilità contrattuale e il rapporto amministrativo), in riferimento ai quali la sentenza si rivela particolarmente innovativa, è necessario volgere l'attenzione.

3. I passi in avanti della pronuncia...

Secondo il giudice siciliano, l'interesse legittimo è una posizione sostanziale, consistente nella *chance* di ottenere il bene finale cui il privato aspira^[9]. Il rapporto tra privati e amministrazione è improntato, si aggiunge, al rispetto del principio di legalità-garanzia: del resto, è stata proprio "l'imposizione di limiti agli ambiti di intervento pubblico e di regole"^[10] a consentire l'evoluzione dell'interesse legittimo da mera soggezione a posizione soggettiva. Così, se è vero che il "potere pubblico costituisce l'unica risorsa a disposizione del privato per ottenere soddisfazione piena e in forma specifica"^[11], è altrettanto vero che l'interesse legittimo non ha per oggetto soltanto le prerogative procedurali collegate all'esercizio di quello stesso potere. Le facoltà procedurali sono, infatti, strutturalmente "inidonee a offrire soddisfazione all'esigenza del privato, che può, invece, trovare (non sempre ma potenzialmente) soddisfazione [...] nell'agire pubblico"^[12]. L'interesse legittimo non è dunque una posizione (soltanto) dinamica, visibile nel procedimento, ma è innanzitutto una posizione statica, che ha come oggetto la *chance*, appunto, di ottenere il bene della vita cui il privato aspira^[13]. La titolarità dell'interesse legittimo non assicura il bene finale, proprio perché l'amministrazione ha il potere di scegliere, tra più opzioni tutte legittime, ma è tutelato "nei limiti delle regole di condotta dell'agire pubblico"^[14].

Il riconoscimento all'interesse legittimo di una struttura creditoria ben si lega all'idea che la responsabilità dell'amministrazione debba inquadrarsi negli schemi della responsabilità contrattuale^[15].

Nella logica del giudice siciliano, la responsabilità dell'amministrazione dovrebbe essere assimilata alla responsabilità da inadempimento di una obbligazione, con applicazione del relativo regime: ai sensi dell'art. 1173 del codice civile, sono "fonti delle obbligazioni [...] non soltanto il contratto e il fatto illecito ma altresì il fatto idoneo a produrle secondo l'ordinamento giuridico"^[16]. Fin dall'apertura del procedimento amministrativo, il privato assume la titolarità di una serie di diritti collegati ad altrettanti obblighi in capo all'amministrazione, espressione del necessario rispetto delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione^[17], "delineandosi così una relazione che non si connota per la sua episodicità, essendo, essa, necessitata". Un utilizzo scorretto del potere pubblico va letto esclusivamente all'interno della relazione amministrativa e dunque si riverbera "senza soluzione di continuità" sull'interesse legittimo del destinatario^[18].

Ciò implica che quando viola “le regole dell’azione amministrativa e del provvedimento amministrativo, la parte pubblica ignora norme ben più precise e circostanziate del generico dovere di *neminem laedere*”, cosicché “il rapporto che si instaura fra Amministrazione e privato si rivela distante dalla modalità tipica della responsabilità del passante, emblema del contatto casuale e occasionale, e quindi della responsabilità *ex art. 2043 c.c.*”.

Benché questo assunto strida con la prevalente giurisprudenza amministrativa, tutt’oggi ancorata al modello della responsabilità aquiliana, esso, come lo stesso Consiglio di giustizia afferma, appare coerente con la graduale emersione di un tipo di responsabilità speciale. In alcuni ambiti, si riconosce infatti che la responsabilità dell’amministrazione non sorga in assenza di un rapporto, ma si fonda su una relazione tra soggetti “che nasce prima e a prescindere dal danno”^[19], dando vita a una ibridazione tra le due forme di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale)^[20].

Così, la piena dignità all’interesse legittimo nel panorama delle posizioni soggettive, il riconoscimento di una relazione giuridica tra amministrazione e privati e la riconduzione della responsabilità dell’amministrazione allo schema contrattuale sono i punti chiave del ragionamento del giudice siciliano. Un ragionamento che evoca un cambio di paradigma nel diritto amministrativo^[21]: da diritto sugli atti a diritto dei rapporti, da insieme di regole sul potere a regole relazionali che collocano al centro l’individuo.

4. ...e le battute d’arresto: il caso dei terzi

Il cerchio però non sembra chiudersi. Resta infatti aperto il nodo dei soggetti *altri*, diversi dal destinatario, i cd. terzi. La sentenza dedica loro un passaggio tanto breve quanto significativo, dal quale si coglie una (ultima?) difficoltà nel trarre pienamente e coerentemente le conseguenze da quel cambio di paradigma cui la pronuncia aspira.

Secondo il giudice siciliano, il diritto pubblico non conosce, a differenza del diritto privato, “la nozione di terzo”^[22], dal momento che “l’Amministrazione è tenuta a considerare tutti gli interessi coinvolti dalla sua azione nell’ambito del procedimento amministrativo”, vista anche “l’attitudine di quest’ultimo a coinvolgere tutti gli interessi possibili”. Ciò emergerebbe chiaramente quando, come nel caso in esame, “l’istanza del privato sia volta alla soddisfazione di un interesse pretensivo, con la conseguenza che l’aspetto autoritativo del provvedimento finale si apprezza in particolar modo nei confronti dei non destinatari”. D’altra parte, chiosa la sentenza, proprio l’indeterminatezza degli interessi che l’amministrazione può compromettere con la propria azione relegherebbero la stessa autorità in una “posizione difficile”, esponendola “a un rischio elevato di violare situazioni giuridiche soggettive”^[23], così giustificandosi una limitazione della sua responsabilità per danni.

Il quadro che emerge è il seguente. Per un verso, l’interesse legittimo del destinatario del provvedimento, a lungo ridotto a una dimensione meramente processuale, ha progressivamente assunto contenuti sostanziali, fino a conseguire una tendenziale equiparazione al diritto soggettivo, almeno in termini di effettività della tutela, consentendo al destinatario di essere riconosciuto come polo “attivo” di un rapporto con l’amministrazione. Per altro verso, però, la posizione dei terzi (dei titolari cioè di interessi *altri*) continua a vivere in un limbo giuridico, a connotarsi per i contorni incerti^[24], a non essere inquadrabile in una relazione obbligatoria e, così, a rappresentare un elemento di insopprimibile differenza tra il diritto amministrativo e il diritto civile^[25].

La posizione del terzo è evidentemente rimasta imprigionata nelle più risalenti concezioni dell'interesse legittimo, che il singolo "non ha alcun modo di soddisfare se non facendo valere una pretesa che si collega all'interesse generale o collettivo, a garanzia del quale è posta la norma che disciplina l'esercizio dell'attività amministrativa"[26] e che deve la sua rilevanza all'esistenza del potere pubblico e all'esigenza di controllo che a quello si collega (la cd. dimensione autoritativa dell'attività pubblica richiamata dalla sentenza) [27]: in breve, un interesse che è l'"essenza stessa del potere", attribuito per garantire situazioni "che eccedono le sfere giuridiche del soggetto dell'atto [...] e del suo destinatario"[28] .

Il risultato è una posizione dei terzi sospesa tra rilevanza e irrilevanza giuridica: rilevante, se toccata dall'attività amministrativa e utile ad attivare il sindacato del giudice sulla legittimità di quell'attività; irrilevante, invece, nella sua dimensione individuale, perché l'eventuale titolarità di un diritto non conta, essendo ritenuta sufficiente l'imputazione al terzo di una frazione dell'interesse pubblico. Poiché, a differenza del destinatario, non ha una pretesa sufficientemente definita da contrapporre all'obbligo della amministrazione, il terzo si vede attribuire una posizione collegata all'interesse pubblico e in quello riflessa, che gli offre una centralità sconosciuta nel diritto comune, sorreggendola nondimeno su un'idea dell'interesse legittimo ormai difficilmente sostenibile.

5. Terzi-parte e terzi-chiunque

Mentre le relazioni pubbliche sono sempre più spesso caratterizzate da schemi multipolari (basti pensare alle fattispecie regolatorie), il superamento della dialettica bipolare autorità-libertà non ha portato con sé un adeguamento del modello teorico necessario per spiegare la più ricca trama di relazioni nella quale il diritto amministrativo tende a muoversi, così determinandosi una *empasse* nella teoria delle situazioni soggettive, ben visibile dal versante dei terzi.

Per superare simile *empasse*, è necessario tenere distinti due casi: quello in cui il terzo è titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata, e che perciò diventa la terza parte di un rapporto multipolare insieme all'amministrazione e al destinatario (diretto) dell'atto[29]; e quello in cui invece quella posizione soggettiva manca e il terzo può considerarsi titolare (al più) di una mera aspettativa al rispetto della legalità da parte della amministrazione, indistinguibile da quella del chiunque[30].

L'emancipazione dell'interesse legittimo del terzo non può così che prendere le mosse da una indagine rigorosa sui requisiti della qualificazione e della differenziazione della sua posizione sostanziale. Possono essere considerati terzi meritevoli di tutela soltanto i titolari di una posizione qualificata (ossia, protetta da una norma) e singolarmente considerata, (ossia, differenziata, sempre da parte di una norma, dalla posizione della generalità dei consociati). Soltanto operando questa distinzione si può, ad avviso di chi scrive, tentare di fare chiarezza nella crescente propensione del diritto amministrativo a produrre schemi multipolari, senza ricorrere a concezioni dell'interesse legittimo ormai obsolete, che la stessa sentenza in commento tenta, per il resto, di accantonare.

Accedendosi a questa prospettiva, tutte le volte in cui una disciplina non preveda una norma "investitiva"[31], cioè una disposizione che qualifichi e differenzi la posizione del terzo, tale posizione resta equiparata a quella del 'chiunque', cioè di colui che, anche se più intensamente

toccato, sul piano fattuale, dall'azione (o inazione) amministrativa, non è titolare di un interesse meritevole di tutela.

D'altra parte, ciò non esclude che quella posizione, ancorché giuridicamente irrilevante (non protetta), non possa trovare spazio nella ponderazione degli interessi e quindi non possa far ingresso nel procedimento amministrativo. Vanno infatti tenuti distinti, a differenza di quanto sembra fare la pronuncia, i piani del procedimento e del processo: mentre il procedimento può e deve essere aperto all'acquisizione di un'ampia gamma di interessi, proprio nell'ottica della accurata ponderazione e massimizzazione dell'interesse pubblico, il processo, per contro, per la funzione che gli è propria, non può che avere a oggetto (soltanto) posizioni soggettive, ossia situazioni giuridicamente qualificate e differenziate.

La distinzione proposta, tra terzi-parte di un rapporto (titolari di posizioni qualificate e differenziate) e terzi-chiunque (confinati nell'irrilevante giuridico), ha un evidente impatto sul sistema delle posizioni soggettive. Liberata la posizione dei terzi (dopo quella del destinatario) dal fardello 'oggettivante' dell'interesse pubblico, la transizione dal modello (della tutela) della legalità al modello (della tutela) dei diritti può giungere a compimento: alla logica provvedimentale si sostituisce quella relazionale, rendendosi possibile il pieno e corretto esplicarsi della tutela soggettiva emergente dalla Costituzione^[32].

L'impostazione suggerita, oltre a essere dettata da esigenze di coerenza teorica, consentirebbe il superamento di non secondarie problematiche applicative.

Si pensi al regime della notificazione del ricorso e a quello, speculare, della legittimazione. Di fronte alla indeterminatezza della categoria dei terzi, la notificazione continua a essere affidata in via principale alle indicazioni provenienti dal provvedimento impugnato, secondo una prospettiva rigidamente formalista. La presenza in processo non dipende così dall'effettivo coinvolgimento in una vicenda giuridica, ma dalla completezza dell'istruttoria procedimentale^[33]: pur di non rendere troppo gravoso il compito del ricorrente e, poi, del giudice, si ammette così un 'contraddittorio amputato'. Per converso, ma per ragioni coincidenti, il regime della legittimazione a ricorrere è caratterizzato, come noto, da un approccio particolarmente estensivo della giurisprudenza, che slabbra le maglie dell'accesso al processo sul presupposto che garantire una legittimazione ampia consenta un ampliamento di tutela. L'effetto, però, è per un verso contraddittorio e per l'altro paradossale.

E' contraddittorio perché uno stesso soggetto potrebbe essere considerato legittimato a ricorrere eppure non essere destinatario della notificazione del ricorso in un processo iniziato da altri^[34]: i vicini di casa, per esempio, pur legittimati a ricorrere, non sono normalmente considerati controinteressati in senso tecnico, non essendo indicati nel provvedimento impugnato; avrebbero così una posizione soggettiva quando sono dal lato attivo, ma non anche quando si trovano dal lato passivo (poiché non sono annoverati tra i litisconsorti necessari e se vogliono partecipare al processo devono intervenire autonomamente).

L'effetto è altresì paradossale perché all'ampliamento della legittimazione non corrisponde un rafforzamento della tutela, visto che ciò che viene garantito non assurge a 'vera' posizione soggettiva e finisce per coincidere con la legalità obiettiva. La legittimazione, di conseguenza, da strumento per la tutela di un interesse individuale, è piegata a un disegno giudiziale di espansione del proprio controllo sull'amministrazione.

6. Conclusioni

E' vero che dietro l'opportunità di un complessivo cambio di paradigma vi è una resistenza di fondo, che connota la posizione di chi, come il giudice siciliano, ha saputo cogliere le più recenti evoluzioni del diritto amministrativo, pur senza riuscire a tirare tutti i fili che compongono la trama: come è possibile coniugare l'esigenza di garanzia soggettiva emergente dal dato costituzionale con la naturale tendenza del potere pubblico a produrre effetti su una platea spesso indefinita di soggetti? Può il diritto (e il processo) amministrativo servire *'soltanto'* a offrire tutela alle posizioni individuali oppure vi sono delle esigenze di garanzia dell'interesse pubblico che non possono essere dimenticate?

Non v'è dubbio che mantenere elastica la categoria dei terzi consenta di ampliare le occasioni di controllo di potere e che rinunciare al modello pubblicistico dei rapporti (anche) sul versante dei terzi comporterebbe un ripensamento della funzione del processo e dello stesso giudice amministrativo. E ciò soprattutto in un contesto caratterizzato, da un lato, da un potere che si ritrae per effetto delle misure di semplificazione e liberalizzazione e che perciò accresce il bisogno di controllo sulla legalità e, dall'altro, dalla scarsa pregnanza che ancora oggi hanno, nel nostro ordinamento, i rimedi interni quali i controlli o la responsabilità dirigenziale.

Epperò, viene al contempo da chiedersi se queste ragioni siano sufficienti a perpetuare una certa concezione del diritto amministrativo, che tiene in vita attraverso i terzi l'idea dell'interesse occasionalmente protetto, e se sia ancora accettabile una caratterizzazione oggettiva del nostro processo.

[1] Si tratta di profili esaustivamente esaminati da M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria*, in *Questa Rivista*, 2021.

[2] F. Merloni, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Dir. pubb.*, 2011, 497.

[3] Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136, punto 13.3.

[4] Punto 17.4 della sentenza in commento.

[5] Punto 17.4 della sentenza in commento.

[6] Punto 17.4 della sentenza in commento.

[7] M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile*, cit.

[8] Si tratta della seconda questione posta all'Adunanza plenaria. Di conseguenza il giudice chiede se la sopravvenienza normativa, escluso che possa determinare una rottura del nesso di causalità, debba essere inquadrata nel modello dell'art. 1223 c.c. (ossia ai fini della quantificazione del danno) ovvero del 1225 c.c. (ossia ai fini della prevedibilità).

[9] Punto 29 della sentenza in commento.

[10] Punto 29, lett. d) della sentenza in commento.

[11] Punto 29, lett. f) della sentenza in commento.

[12] Punto 29, lett. g) della sentenza in commento.

[13] L. Ferrara, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in Aa.Vv., *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig. Milano 19 aprile 2013*, Napoli, 2014, 105 ss.

[14] Punto 29 lett. q) della sentenza in commento

[15] L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003; ma anche Id. *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 650.

[16] Punto 26 della sentenza in commento.

[17] Punto 33 della sentenza.

[18] Punto 34 della sentenza.

[19] Punto 25 della sentenza.

[20] Soprattutto in ordine al regime probatorio, al termine della prescrizione, all'elemento soggettivo, al danno risarcibile: punto 30 della sentenza.

[21] A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 885 ss.

[22] Punto 29, lettera m) della sentenza.

[23] Punto 37 della sentenza in commento.

[24] Sulla assenza di una "autonoma nozione di terzo nel diritto amministrativo" v. L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 3.

[25] P. Carpentieri, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro amm./Tar.*, 2005, p. 2673; sulla nozione di terzo nel diritto amministrativo e sulle differenze col diritto privato v. pure: B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, I, Milano, 823 s.

[26] S. Piraino, *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 209.

[27] Per M. Ramajoli, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 352 "il terzo può avvantaggiarsi del rispetto della disciplina sostanziale che si compone di norme pubblicistiche, visto che tali norme non hanno un destinatario unico, ma prendono in considerazione tutti gli interessi coinvolti".

[28] G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 362 s.

[29] Secondo S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 475, quando un terzo diventa titolare di pretese in un determinato rapporto, questi "non è più terzo", ma diventa parte.

[30] Si tratta di una prospettiva sviluppata in un lavoro più ampio: sia consentito il rinvio a G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

[31] N. McCormick, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, ora in Id., *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 154 ss.

[32] A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, 46.

[33] Si veda, per es., Cons. Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6066.

[34] A. Corpaci, *La comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, in *Le Regioni*, 1994, 307.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1972 – 8 ottobre 2021

Il tempo e la responsabilità della P.A. nella visione del legislatore all'epoca della pandemia

di Antonella Manzione

Sommario: 1. Premessa - 2. La violazione del termine di chiusura del procedimento - 3. L'inefficacia quale strumento di rafforzamento dell'istituto del silenzio - 4. La certificazione del silenzio - 5. Le conseguenze del mancato rispetto del termine per il potere conformativo o inibitorio in materia di scia - 6. Le modifiche al potere di annullamento di ufficio - 7. L'autotutela in relazione alla S.C.I.A. - 8. Ancora sull'impatto della disciplina dell'autotutela sulla s.c.i.a. - 9. Il monitoraggio dei tempi dei procedimenti - 10. Le responsabilità - 11. Conclusioni

1. Premessa.

L'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'art. 7 della l. 18 giugno 2009, n. 69, rubricato "Conclusione del procedimento", declina la doverosità amministrativa -in risposta ad un'istanza di parte necessaria all'attivazione del procedimento ovvero ad un obbligo di attivarsi *ex officio*- sia in termini di avvio che di conclusione del procedimento con un provvedimento espresso entro un tempo dato^[1]. La sussistenza dell'obbligo, tuttavia, non è stata ancorata in maniera assolutistica ad una qualche previsione normativa che formalmente vincoli la Pubblica Amministrazione, ma ravvisata in tutti quei casi in cui ragioni di giustizia -*recte*, di giustiziabilità- e di equità impongono l'adozione di un provvedimento. La fonte dell'obbligo giuridico di provvedere, quindi, in genere consiste in una norma di legge, di regolamento od in un atto amministrativo, ma non dovendo necessariamente derivare da una disposizione puntuale e specifica, può scaturire anche da prescrizioni di carattere generale

e/o dai principi regolatori dell'azione amministrativa[2]. La non semplice ricerca di un punto di equilibrio tra la doverosa responsabilizzazione del privato, che deve darsi cura di corredare le proprie istanze con quanto necessario da subito ad attribuire loro consistenza e renderle "esaminabili" dall'Amministrazione e, quale contraltare, l'approccio collaborativo di quest'ultima, si gioca spesso proprio sulla auspicata unicità e tempestività delle richieste di integrazione, evitando la reiterazione dei contatti per il semplice tramite di una valutazione iniziale esaustiva e trasparente. Da un lato, infatti, si pone un'esigenza di corretta individuazione del *dies a quo* a decorrere dal quale computare la maturazione del provvedimento tacito, ovvero la possibilità di controllo "fisiologico" di un'attività soggetta a s.c.i.a., non potendosi dare certo rilievo a istanze meramente strumentali in quanto prive finanche del corredo documentale e descrittivo richiesto dalla norma; dall'altro, all'opposto, di far sì che un atteggiamento ondivago o comunque insistito dell'Amministrazione finisca per vanificare la portata anche responsabilizzante degli istituti, avvalorando la comprensibile ritrosia del privato ad accontentarsi di un atto non ostensibile all'organo di controllo. È in tale ambito che si collocano le più recenti novelle in materia che nella cornice dell'alleggerimento burocratico teleologicamente orientato a favorire la ripresa economica del post pandemia individuano modalità di rafforzamento degli istituti del silenzio assenso e della segnalazione certificata di inizio attività, sulla cui concreta efficacia può al momento avanzarsi solo un giudizio di prognosi[3].

2. La violazione del termine di chiusura del procedimento.

Come noto, in termini generali, tranne che nei casi di silenzi significativi, alla violazione del termine finale di un procedimento amministrativo non consegue l'illegittimità dell'atto tardivo - salvo che il termine sia qualificato perentorio dalla legge - trattandosi di una regola di comportamento e non di validità[4]. La perentorietà dei termini procedurali, peraltro, può aversi, quale eccezione alla regola della loro natura meramente ordinatoria o acceleratoria, nei soli casi in cui disponga in tal senso una norma che disciplini in modo specifico i procedimenti di volta in volta considerati, o sanzioni espressamente con la decadenza il mancato esercizio del potere dell'amministrazione entro gli stessi. L'art. 2-*bis* della medesima legge sul procedimento correla all'inosservanza del termine finale conseguenze sul piano della responsabilità dell'Amministrazione, ma non include profili afferenti la legittimità dell'atto tardivamente adottato. Il ritardo, in definitiva, non è un vizio in sé dell'atto ma un presupposto che può determinare, in concorso con altre condizioni, una eventuale forma di responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione, ferma restando la possibilità per gli interessati di chiedere la condanna della stessa a provvedere ai sensi dell'art 117 c.p.a.[5].

3. L'inefficacia quale strumento di rafforzamento dell'istituto del silenzio.

Al fine di meglio comprendere i recenti interventi del legislatore sulla tematica, occorre ancora richiamare, ancorché sinteticamente, le linee di contorno dell'istituto del silenzio assenso. Esso costituisce la soluzione che da tempo il legislatore ha inteso individuare per porre rimedio al problema dell'inerzia della amministrazione, ovvero al fatto che non sia stato adottato il provvedimento finale nei procedimenti ad istanza di parte entro il termine certo e

predeterminato di cui al richiamato art. 2 della l. n. 241 del 1990. Con il silenzio assenso, perciò, il richiedente ottiene automaticamente il bene della vita a cui tende, in conseguenza di un meccanismo normativamente determinato nei presupposti e nei limiti di applicazione che produce un effetto legale equipollente a quello di un provvedimento favorevole[6]. Il suo ambito di applicazione è stato declinato in chiave ricognitiva nella elencazione delle attività e dei procedimenti ad esso soggetti contenuta nella Tabella A allegata al d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (c.d. “SCIA 2”), che riporta anche quelli, comunque riferiti ai settori del commercio e delle attività assimilabili, dell’edilizia e dell’ambiente (per un totale di 246 attività/procedimenti) soggetti al regime dell’autorizzazione o della s.c.i.a. Va infine sinteticamente ricordato che nei casi in cui equivale ad accoglimento della domanda, il silenzio, in quanto provvedimento, può essere annullato o revocato, in via di autotutela, dall’Amministrazione (art. 20, comma 3, della l. n. 241 del 1990).

Dapprima con il c.d. “decreto semplificazioni”, 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2020, n. 120, indi con il più recente d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, il quadro normativo ha subito, quanto meno nelle intenzioni del legislatore, un “rafforzamento”, nel dichiarato intento di colmare quell’area chiaroscurale tra l’astrazione giuridica e l’operatività pratica per come declinata nelle scelte gestionali delle Amministrazioni. Pur lasciando inevitabilmente immutata la struttura essenziale del provvedimento tacito, comprensiva delle scansioni temporali che ne determinano la formazione, si è dunque cercato di ovviare alla ricordata riluttanza del privato a ritenersi “appagato” dallo stesso, piuttosto che aspirare alla sua “materializzazione” sul piano formale, a torto o a ragione percepita come più cautelante a fronte di un eventuale controllo. Emblematica al riguardo è la casistica in ambito edilizio: nel procedimento di rilascio del permesso di costruire, disciplinato dall’art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001, che ne scansiona anche la relativa tempistica, è espressamente ribadita la possibilità di interruzione dello stesso per una sola volta per la motivata richiesta di documenti che integrino o completino quelli presentati e che non siano già nella disponibilità dell’Amministrazione o che questa non possa acquisire autonomamente[7]. Al contrario, le lungaggini istruttorie sono all’ordine del giorno e vengono denunciate come fattore di criticità spesso portato ad esempio delle difficoltà pratiche connesse all’effettivo utilizzo degli strumenti di semplificazione via via introdotti dal legislatore. La problematica peraltro ha assunto contorni ancor più rilevanti in seguito al mutato significato del decorso del tempo da originario rifiuto di provvedere al rilascio del titolo in assenso allo stesso (art. 5, comma 2, lett. a), del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, che ha riscritto *in parte qua* l’art. 20 del d.P.R. n. 380/2001)[8].

Con la prima delle richiamate novelle, dunque (art. 12 del più volte ricordato d.l. n. 76/2020), è stato inserito nell’art. 2 della l. n. 241/1990 un comma 8 *bis* ai sensi del quale «*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza di alcuni termini, sono inefficaci*». Vale la pena ricordare come la nozione dell’efficacia dei provvedimenti amministrativi trovi consacrazione formale nell’art. 21 *bis*, che con riferimento a quelli limitativi della sfera giuridica dei privati, superando la teorica dell’atto ricettizio, la individua nell’avvenuta messa a conoscenza dei contenuti da parte dei destinatari. Più in generale, e senza addentrarsi nella questione della capacità di un atto di produrre effetti nella sfera giuridica del destinatario, come ben sintetizzato da autorevole dottrina, l’efficacia di un atto amministrativo indica la sua idoneità a produrre effetti e conseguenze giuridiche e, allo stesso tempo, per una sovrapposizione semantica, il complesso medesimo di tali conseguenze[9].

Dopo la novella del 2020, dunque, l'inefficacia del provvedimento quale "sanzione" del mancato rispetto di alcuni termini, per lo più endoprocedimentali, consegue alla violazione di quelli previsti dalle seguenti norme, tassativamente individuate:

- art. 14, *bis*, comma 2, lett. c), relativo alle determinazioni delle amministrazioni coinvolte in sede di conferenza di servizi semplificata, che devono essere adottate entro il termine comunicato dall'amministrazione procedente, non superiore a 45 giorni (90, in caso di interessamento di amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili). La legge qualifica la mancata comunicazione della determinazione nei termini come assenso senza condizioni (articolo 14 *bis*, comma 4);

- art. 17 *bis*, commi 1 e 3, relativo all'acquisizione di assenti, concerti, nulla osta comunque denominati di competenza di altre amministrazioni pubbliche ovvero di gestori di beni o servizi pubblici per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi da parte di una pubblica amministrazione. Anche in questo caso è prevista la formazione del silenzio assenso decorso il termine di 30 giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, di 90 nel caso di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili^[10];

- art. 20, comma 1, che disciplina il silenzio assenso;

- art. 14 *ter*, comma 7, relativo ai lavori della conferenza di servizi simultanea, che si concludono non oltre 45 giorni decorrenti dalla prima riunione (90 giorni nel caso in cui siano coinvolte amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili ai sensi dell'art. 14 *ter*, comma 2). Anche in tale ipotesi sono previsti meccanismi di silenzio assenso: all'esito dell'ultima riunione l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento e si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero non abbia espresso, partecipandovi, la propria posizione, ovvero infine abbia espresso un dissenso motivato riferito a questioni estranee all'oggetto della conferenza.

La decorrenza del termine normativamente previsto è foriera di conseguenze, nell'accezione sopra delineata, solo ove la domanda sia ammissibile: ciò non tanto e non solo in senso finalistico, bensì, ancor più a monte, con riferimento a quel minimo di consistenza, anche di corredo documentale, che la rende esaminabile dall'Amministrazione procedente. In alcuni casi, peraltro, è lo stesso legislatore che specifica quali informazioni sono necessarie al fine di rendere l'istanza scrutinabile, come tipicamente avviene ancora una volta in ambito edilizio avuto riguardo agli oneri e alle sanzioni che "accompagnano" le istanze di sanatoria, *lato sensu* intese^[11].

Mentre, dunque, non risulta messo in discussione il principio, consolidato in giurisprudenza, in forza del quale il termine non decorre in mancanza della documentazione completa prescritta dalle norme in materia per il rilascio del titolo^[12], lo stesso non pare potersi affermare con riferimento alla egualmente diffusa considerazione in forza della quale il tempo di maturazione del silenzio non decorre laddove la domanda non sia assistita da tutti i presupposti per l'accoglimento per mancanza dei requisiti di fatto e di diritto richiesti dalla legge. La novella, infatti, nel sancire l'inefficacia del provvedimento tardivo, finisce per erodere l'affermazione che l'eventuale inerzia dell'Amministrazione non può far guadagnare agli interessati un risultato che gli stessi non conseguirebbero in virtù di un provvedimento espresso. Una decisione tardiva, infatti, sembrerebbe ormai limitata ai soli casi di esercizio

dell'autotutela, richiedendo dunque, secondo i canoni generali sottesi alla stessa, la valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico prioritario, non identificabile, per quanto già chiarito, con il mero ripristino della legalità lesa.

4. La certificazione del silenzio.

Non pago di tale meccanismo, il legislatore è tornato sulla materia del silenzio assenso anche con l'art. 62 del d.l. n.77 del 2021, inserendo il comma 2 bis direttamente nell'art. 20 della l. n. 241 del 1990: si è dunque previsto l'obbligo per l'amministrazione, nei casi in cui è previsto il silenzio assenso, di rilasciare in via telematica, su richiesta del privato, un'attestazione «circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda»[13]. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, il privato, anziché agire avverso l'inadempimento, può sopperire in via autonoma, sostituendo alla (mancata) attestazione dell'Amministrazione una propria autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico sulla documentazione amministrativa)[14]. Come esplicitato nella relazione illustrativa che ha accompagnato questa ulteriore novella, la finalità della disposizione è ancora una volta quella di «consentire la piena operatività e il rafforzamento dell'efficacia del silenzio assenso», evidentemente ravvisandosene uno strumento nella fornitura di un documento che cristallizzi formalmente l'avvenuta legittimazione dell'attività. Si è così confermato come nella prassi la disciplina del silenzio assenso abbia finito per costituire un blando incentivo a provvedere, incapace di offrire totale certezza al privato in merito alla sua equiparazione alla valutazione favorevole compiuta da parte dell'Amministrazione sull'istanza presentata. Il decorso dei termini per la sua formazione, cioè, in assenza di un provvedimento di diniego espresso, è stato ritenuto compatibile sia con tale valutazione positiva, sia con un'istruttoria ancora non completa, sia con una pura inerzia, sia infine con un giudizio negativo. In tale ultima ipotesi, tuttavia, occorrerà ora tenere anche conto da un lato della sancita inefficacia del provvedimento tardivo, dall'altro della -eventuale- presenza della dichiarazione sostitutiva resa dal privato per “materializzare” la propria legittimazione. Entrambe le previsioni, ove non le si voglia considerare lettera morta, finiscono per rafforzare l'obbligo motivazionale dell'annullamento d'ufficio, accentuando altresì la responsabilità del dipendente chiamato ad intervenire con un procedimento di revisione del proprio precedente operato. Il legislatore, infatti, non ha elevato la dichiarazione del privato, al pari della ricevuta rilasciata dall'Amministrazione, a provvedimento di secondo livello, capace di rafforzare l'atto originario formatosi per *silentium*, sì da metterne in discussione i tempi di maturazione (spostandoli in avanti): mantenendo nella norma l'inciso «fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso», ha piuttosto ribadito la portata solo formale e aggiuntiva dei rimedi indicati, la cui effettiva valenza è dunque esclusivamente pratica, ovvero di ulteriore sollecitazione all'adempimento. Non avendo tuttavia la novella toccato il comma 3 dell'art. 20, laddove continua appunto a fare salve le determinazioni dell'Amministrazione in via di autotutela ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della medesima legge sul procedimento amministrativo, la motivazione delle stesse anche in termini di comparazione di interessi dovrà necessariamente dare atto della prevalenza di quello pubblico rispetto all'inefficacia del provvedimento tardivo, esplicitando altresì le ragioni dell'inerzia serbata anche a fronte dell'istanza di rilascio dell'attestazione[15].

5. Le conseguenze del mancato rispetto del termine per il potere conformativo o inibitorio in materia di scia.

Il comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990 riveste particolare importanza anche nella parte in cui sanziona con l'inefficacia pure l'adozione fuori termine dei provvedimenti interdittivi dell'attività intrapresa sulla base di s.c.i.a. in assenza dei presupposti di legge. La norma peraltro circoscrive la previsione a ridetta tipologia di atti, non menzionando invece quelli espressivi del potere conformativo, che peraltro dopo le modifiche apportate dalla c.d. "riforma Madia" devono essere privilegiati, giusta il richiamo esplicitato nella norma al "possibile" ricorso agli stessi, associati o meno alla sospensione dell'attività, a sua volta limitata ai soli casi di attestazioni non veritiere o di sussistenza di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale. Si ricorda per completezza come il termine per provvedere alla regolarizzazione dell'attività, con o senza sospensiva della stessa, non può essere inferiore a 30 giorni, decorso il quale, senza che le misure siano state adottate, essa si intende vietata. L'atto motivato dell'amministrazione interrompe il termine di 60 giorni dalla segnalazione per l'effettuazione dei controlli (30 giorni in materia edilizia) che ricomincia a decorrere dalla data in cui il privato comunica l'adozione delle misure richieste. Vale anche in tale ambito la clausola di chiusura della norma che rinvia all'applicabilità dell'art. 21 *nonies* «*ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*». Non essendo la segnalazione un provvedimento, è chiaro che l'esercizio dell'autotutela assume la diversa veste giuridica dell'intimazione tardiva a cessare l'attività e ripristinare lo stato dei luoghi, adottata cioè oltre il termine previsto dalla legge per i relativi controlli. Il che conferma che anche i provvedimenti conformativi adottati in maniera tardiva sono inefficaci.

6. Le modifiche al potere di annullamento di ufficio.

L'art. 21 *nonies* declina il potere di annullamento d'ufficio, in combinato disposto con l'art. 21 *octies*, che ne individua i presupposti nella teorica dei classici vizi dell'atto amministrativo (violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza). Le istanze centripete e contrapposte di tutela della certezza delle situazioni giuridiche, da un lato, e di ripristino della legalità, dall'altro, hanno indotto a non ritenere sufficiente quest'ultima quale motivazione per l'esercizio del potere (discrezionale) di agire in autotutela per l'annullamento di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, circoscrivendone altresì la possibilità di utilizzo nel tempo. Il punto di equilibrio fra ridette contrapposte esigenze è stato ravvisato con le modifiche del 2015 in 18 mesi, ritenendo il relativo termine congruo a consentire lo *ius poenitendi* dell'Amministrazione, nel contempo non lasciando il privato cittadino in un limbo di incertezza sostanzialmente *ad libitum*. Con il d.l. n. 77 del 2021, tale termine è stato ridotto a 12 mesi, decorrenti dal momento dell'adozione del provvedimento di primo grado^[16]. Non si è tuttavia modificato l'art. 21 della l. n. 241 del 1990, che dopo aver declinato le sanzioni che conseguono alle declaratorie mendaci o all'utilizzo di false attestazioni mediante rinvio all'art. 483 c.p. (comma 1), fa comunque salve «*le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti*». Facendo pertanto leva sulla sostanziale imprescrittibilità dei poteri di vigilanza edilizia di cui all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001 (T.U.E.), in correlazione con la natura permanente dell'illecito edilizio, si ha pertanto che, pur non essendo egualmente consentito l'annullamento del titolo, esplicito o implicito, al di fuori

delle regole sopra delineate, resta ferma la possibilità di intervenire in repressione dell'abuso edilizio, siccome richiesto da generali esigenze di buon governo del territorio. L'importanza di chiarire con esattezza i confini tra attività di repressione di un abuso, e configurabilità dello stesso in tutti i casi in cui manchi un titolo espresso, essendo stato l'intervento legittimato *per silentium*, finisce tuttavia per creare un'ulteriore sacca chiaroscurale che rischia ulteriormente di vanificare la previsione di qualsivoglia tempistica, rendendo plasticamente percepibile la ravvisata necessità da parte del legislatore di dare veste formale al decorso del tempo^[17].

7. L'autotutela in relazione alla S.C.I.A..

Si è già detto della natura non provvedimentale della segnalazione certificata di inizio attività di cui a livello generale all'art. 19 della l. n. 241 del 1990^[18]. Superando le pregresse diatribe, correlate in particolare alle ravvisate esigenze di tutela del terzo, infatti, il legislatore sin dal 2011 (d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in l. 12 luglio 2011, n. 106), in aperta risposta alla dettagliata ricostruzione dell'istituto effettuata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato^[19], ha inserito il comma 6 *ter* nella norma per negare espressamente la equiparabilità della segnalazione, ovvero degli analoghi istituti della denuncia o della dichiarazione di inizio attività (dizioni corrispondenti alla precedente declinazione dell'istituto, residualmente presenti in singole disposizioni, anche di secondo livello) a «*provvedimenti taciti direttamente impugnabili*». La legittimità di tale previsione è stata confermata dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi a seguito di rimessione della relativa questione da parte del T.A.R. per la Toscana: i giudici della Consulta in tale occasione hanno affermato chiaramente che i poteri spettanti all'amministrazione che il privato può sollecitare sono esclusivamente quelli previsti dai commi 3 e 6 *bis* dell'art. 19, ovvero quelli inibitori, sospensivi e conformativi. A ciò consegue che se il terzo segnalante agisce nel termine di 30 o 60 giorni dalla presentazione della scia indicati dalla norma, ha diritto all'attivazione degli stessi e può tutelarsi a fronte dell'inerzia serbata dall'Amministrazione sul punto, in quanto inadempimento ad un obbligo di legge; se invece si attiva nei successivi 18 mesi (oggi 12), può aspirare solo al (discrezionale) esercizio del potere di autotutela. Decorsi i termini originari, infatti, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione ormai priva di poteri, e quindi anche nei confronti del terzo. Questi, dunque, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, ma venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche il suo interesse si estingue. «*Questa conclusione, che, oltre che piana, è necessitata, non può essere messa in discussione dal timore [...] di un vulnus alla situazione giuridica soggettiva del terzo, in quanto il problema esiste ma trascende la norma impugnata*»^[20]. Il terzo potrà pertanto attivare, oltre gli strumenti di tutela già richiamati, i poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni ai sensi dell'articolo 21, comma 1, della legge 241 del 1990, che vieta la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge in tali ipotesi, per i quali parrebbe residuare il più lungo termine di 18 mesi; ovvero potrà sollecitare i poteri di vigilanza repressivi "di settore", spettanti all'amministrazione ai sensi dell'articolo 21, comma 2 *bis*, come, ad esempio, quelli già ricordati in materia di edilizia, regolati dagli articoli 27 e seguenti del d.P.R. 6 giugno 2001, n.380, espressamente richiamati anche dall'articolo 19, comma 6. In caso di mancato esercizio del potere di verifica, avrà infine la possibilità di agire in sede risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione siccome previsto dall'art. 21, comma 2 *ter*, che fa espressamente salva la connessa responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata o l'istanza del privato non fosse

conforme alle norme vigenti. In sintesi, se l'inefficacia dell'atto tardivo, quale ulteriore limite all'esercizio dell'autotutela, finisce per comportarne il mancato esercizio, essere annullato d'ufficio perché ne sussistono i presupposti, «*Rimangono ferme le responsabilità connesse [sia] all'adozione [che] e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*» (art. 21 *nonies*, comma 1, ultimo periodo).

8. Ancora sull'impatto della disciplina dell'autotutela sulla s.c.i.a..

In relazione, tuttavia, all'impatto della disciplina dell'autotutela sulla s.c.i.a., seppure in riferimento al regime giuridico antecedente la novella del 2020, va anche segnalata una pronuncia del Consiglio di Stato che, ravvisando un'unica lacuna nella cornice delineata dalla Corte costituzionale nel 2019, ha chiarito in che termini essa presenti un margine di doverosità estraneo al quadro generale dell'istituto. In verità, la differenza terminologica nella formulazione del comma 4 dell'art. 19, laddove prevede, mediante ricorso al modo verbale indicativo, che l'Amministrazione competente *“adotta”* comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3, seppure in presenza delle *“condizioni previste dall'articolo 21 nonies”*, rispetto al servile facoltizzante *“può”* utilizzato proprio in tale ultima disposizione, aveva già indotto qualche commentatore a dubitare del carattere discrezionale dei poteri inibitori ivi contenuti. I giudici di Palazzo Spada hanno individuato la quadratura del cerchio nella ritenuta doverosità non dell'azione inibitoria, ma della risposta da dare all'esponente sulla richiesta di attivazione della stessa *-recte*, dei sottesi poteri di controllo^[21]. Dopo avere dunque richiamato i principi espressi dalla Consulta, hanno ritenuto che la stessa non abbia lambito la questione della sussistenza o meno in capo all'amministrazione di un obbligo di avvio del procedimento di controllo tardivo sollecitato dal terzo, ferma restando la piena discrezionalità nel *quomodo* dello stesso, ed hanno conseguentemente affermato la operatività di una sorta di deroga al consolidato orientamento secondo cui l'istanza di autotutela non è coercibile sulla base dell'argomento letterale poc'anzi esposto. Una lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo, infatti, avendo il legislatore optato per silenzio inadempimento quale unico mezzo di tutela amministrativa messo a disposizione del terzo, non consente di ritenere che non sussista alcun obbligo di iniziare e concludere il procedimento di controllo tardivo con un provvedimento espresso, privando il terzo di tutela effettiva davanti al giudice amministrativo in contrasto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione. Così da concludere nel senso che è necessario riconoscere, rispetto alla sollecitazione dei poteri di controllo, quanto meno l'obbligo dell'amministrazione di fornire una risposta. Anche dopo la decorrenza del termine di verifica della regolarità della scia, pertanto, la pubblica amministrazione ha la possibilità di intervenire purché effettuando la doverosa comparazione di interessi sottesa all'esercizio dell'annullamento d'ufficio, secondo la cornice generale in materia di autotutela. Non trattandosi di un provvedimento da caducare, come già detto, potrà farlo soltanto con un atto inibitorio ovvero sospensivo, comunque da motivare, a pena di inefficacia dello stesso (ora prevista anche dopo i 60 giorni o 30, a seconda della materia) e tale motivazione è da ritenere attenga anche al motivo del ritardo e alla portata sostanziale della carenza dei presupposti per l'esercizio dell'attività.

9. Il monitoraggio dei tempi dei procedimenti.

Va infine ricordato che il quadro delle modifiche della disciplina sulla tempistica del procedimento si completa con una disposizione di tipo organizzativo, in verità scarsamente coordinata con altre, anche risalenti nel tempo, egualmente volte ad enfatizzare il monitoraggio dell'andamento dei procedimenti in ciascuna amministrazione, quale strumento di efficientamento e controllo del rispetto delle regole sopra indicate. Con il d.l. n. 76 del 2020, infatti, è stato introdotto nell'art. 2 anche il comma 4 *bis*, che contiene l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di misurare e rendere pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Come detto, l'attenzione alla tempistica di conclusione dei procedimenti non costituisce in realtà una novità per il legislatore. Già con l'art. 1, comma 9, della legge 190 del 2012, si prevedeva infatti l'individuazione di modalità di monitoraggio del rispetto dei termini procedurali previsti dalla legge e dai regolamenti, eliminando tempestivamente le anomalie riscontrate e rendendo pubblici i risultati sul sito web istituzionale (art.1, comma 28). Tale metodica deve essere riportata nel piano di prevenzione della corruzione, il che ne sottintende la ritenuta valenza cautelativa avverso fenomeni di *mala gestio*. Analogamente, quindi, il d.lgs. n. 33 del 2013, con disposizione successivamente abrogata dal d.lgs. n. 97 del 2016, insisteva su tale obbligo di pubblicazione. Il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, cosiddetto "semplifica Italia", a sua volta, ha previsto un vero e proprio programma per la misurazione della riduzione dei tempi dei procedimenti amministrativi e degli oneri regolatori gravanti su imprese e cittadini inclusi gli oneri amministrativi, poi adottato con DPCM del 28 maggio 2014, da integrare con l'agenda per la semplificazione condivisa tra Stato, regioni e autonomie, cui era assegnato il compito di individuare sulla base degli esiti delle attività di misurazione sia i più rilevanti interventi di riduzione degli oneri e dei tempi da adottare, che le misure per assicurare effettività agli interventi già adottati. L'elemento di novità del novellato art. 2 della l. n. 241 del 1990 è una sorta di passaggio dall'astratto al concreto: la comparazione con i termini previsti dal legislatore serve per valutare la forbice di scostamento, evidentemente in termini riduttivi, quanto meno in relazione ai procedimenti amministrativi considerati "di maggiore impatto" (se pure non sia affatto chiaro con quali criteri questi ultimi vengano classificati tali). Ad ogni buon conto, la norma, secondo una deplorabile prassi mai abbandonata dal legislatore, non è autoapplicativa, in quanto rinvia ad un decreto attuativo, da adottare su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e previa intesa in conferenza unificata, la definizione delle modalità e dei criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti. Sicché all'attualità non può che trarsene un monito ad enfatizzare l'importanza del rispetto della tempistica procedurale quali epifenomeno del buon andamento della pubblica amministrazione, recuperando la relativa finalità sulla base delle norme pregresse citate. Essa è peraltro accentuata dal fatto che il decreto-legge n. 76 del 2020 ha modificato anche l'art.29 comma 2 *bis*, della l. n.241, concernente il suo ambito di applicazione. La norma già ascriveva ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, le disposizioni concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelli relativi alla durata massima dei procedimenti (comma 2). Con il decreto legislativo 126 del 30 giugno 2016 ai livelli essenziali delle prestazioni sono state ricondotte anche le disposizioni concernenti la dichiarazione di inizio attività -ora scia- e il silenzio assenso nonché la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di conferenza unificata, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano (comma 2 *ter*). Con la novella del 2020 infine anche le disposizioni relative all'obbligo per le amministrazioni di misurare i tempi effettivi di conclusione dei propri

procedimenti vengono inserite tra i livelli essenziali delle prestazioni. A ciò consegue che nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza le regioni e gli enti locali non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni in esame, ma solo prevedere livelli ulteriori di tutela (comma 2 *quater*). Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano hanno l'obbligo a loro volta di adeguare la propria legislazione alle disposizioni in questione, secondo i rispettivi statuti e relative norme di attuazione.

10. Le responsabilità.

Si è via via ricordato come le singole disposizioni nel declinare gli istituti in esame hanno fatto salve le responsabilità degli autori del ritardo, vuoi in ragione dell'avvenuta necessità di intervenire *ex post* sull'atto implicito o sull'attività, vuoi per il fatto che ciò non è più possibile per mancanza dei presupposti dell'autotutela (art. 2 *bis*, comma 1, 21, comma 2 *ter* e art. 21 *nonies*, comma 1, ultimo periodo). L'art. 2, commi 9 *bis*, 9 *ter* e 9 *quater*, dopo aver descritto il meccanismo di individuazione del soggetto istituzionalmente deputato a sostituirsi a quello competente, rimasto inerte, che dopo la novella del 2021 è individuabile anche nell'unità organizzativa, anziché nel singolo dipendente, gli impone di comunicare annualmente, entro il 30 gennaio, i procedimenti, divisi per tipologia e struttura coinvolta, per i quali non è stato rispettato il termine previsto. Il quadro descritto si completa con la nuova disciplina della responsabilità erariale introdotta con l'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020. La norma contiene una modifica per così dire strutturale, che va ad incidere a regime sulla l. n. 20 del 1994, declinando il dolo richiesto quale uno dei possibili modi di atteggiarsi della colpevolezza nell'illecito erariale in chiave penalistica, e non civilistica (ovvero come coscienza e volontà anche dell'evento dannoso), sì da superare approcci, in verità minoritari, orientati in senso opposto; ed altra di portata eccezionale e temporalmente limitata, astrattamente correlata alla situazione emergenziale per la pandemia in corso, riferita alle fattispecie commesse nel lasso di tempo dal 17 luglio 2020 (data di entrata in vigore del decreto) al 30 giugno 2023 (giusta la proroga da ultimo operata dal d.l. n. 77 del 2021 che ha esteso il termine originariamente individuato nel 31 dicembre 2021). Sulla base di tale norma transitoria opera una limitazione di responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica alla sola forma di colpevolezza costituita dal dolo, con esclusione quindi della colpa grave. Tale limitazione tuttavia si applica ai soli danni cagionati con una condotta attiva, mentre non si estende a quelli riconducibili all'inerzia del soggetto agente, che continuano ad essere perseguibili anche a titolo di colpa (grave). La volontà del legislatore è chiaramente di far sì che i pubblici dipendenti siano incentivati ad agire piuttosto che a rimanere inerti anche dal timore di incorrere in maggiore responsabilità.

Solo per completezza, va infine ricordato come l'art. 28 del d.l. 21 giugno 2013, n.69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n.98, che ha disciplinato l'indennizzo per la ritardata conclusione del procedimento inserendo nell'articolo 2 *bis* il comma 1 *bis*, prevede che l'istante ha diritto ad ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni stabilite dalla legge. Sulla base della stessa con direttiva del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione del 9 gennaio 2014 sono state dettate apposite linee guida. La direttiva ha in primo luogo sottolineato la diversa natura dell'indennizzo da ritardo rispetto alla fattispecie del risarcimento del danno da ritardo in quanto sganciato da ogni profilo di colpevolezza

dell'amministrazione e dunque riconoscibile anche nel caso in cui il ritardo sia scusabile o addirittura dovuto a forza maggiore. Esso, cioè, viene inquadrato come una forma di ristoro, prevista equitativamente dal legislatore, in caso di disagio patito per la violazione dei termini di conclusione del procedimento. La sua erogazione tuttavia può costituire un tipico caso di danno erariale riconducibile ad inerzia e come tale sanzionato anche in fase emergenziale a titolo di colpa grave, secondo il paradigma ordinario.

11. Conclusioni.

L'analisi, pur sommaria, degli istituti del silenzio assenso e della scia, nonché, più in generale, della tempistica di adozione dei provvedimenti, per come innovati dai più recenti interventi normativi, evidenzia la continua ricerca, da parte del legislatore, di rimedi non tanto alla configurazione astratta degli stessi, quanto più propriamente all'attuazione che ne danno le Amministrazioni pubbliche. La paura delle responsabilità, tradizionalmente indicata quale fattore frenante l'esercizio delle funzioni pubbliche, in particolare laddove impattino con attività dei privati tutt'affatto aliene da risvolti economici, ha da sempre ostacolato l'individuazione di scelte di governo del territorio, intese nel senso etimologico del termine, innovative, ovvero celeri e contrassegnate dalla riduzione al minimo dei contatti con i cittadini, posti in grado da subito di conoscere le modalità di accesso ai servizi ovvero di esercizio delle proprie prerogative. Ed è la necessità di superare tale fattore che costituisce l'autentico *fil rouge* delle riforme degli ultimi mesi, il cui maggiore elemento di novità finisce per essere proprio l'accentuazione delle responsabilità che conseguono all'inerzia ovvero al ritardo: ferma restando, infatti, l'ormai consolidata natura di provvedimento del silenzio assenso e di non provvedimento della scia, e rimaste inalterate le scansioni procedurali sottese all'uno e all'altra, la dichiarata inefficacia "spezza" il meccanismo, senza alterarlo, di fatto imponendo un maggiore onere motivazionale laddove si intenda annullare l'atto ovvero far cessare l'attività. La "certificazione" dell'avvenuto decorso del termine diviene dunque la cartina di tornasole di ridetta inefficacia, sicché la sua ostensione imporrà all'organo di controllo di verificare non solo la mancanza del titolo, bensì piuttosto quella dei presupposti per il suo conseguimento, intervenendo *in vigilando*, ove consentito *sine die* dalla legislazione di settore, ovvero in autotutela, nei rimanenti casi, e dunque nel limite temporale dei 12 mesi e ferma restando la sottesa, doverosa comparazione tra interessi in gioco, avuto riguardo alla situazione del privato che nel frattempo si è consolidata. La responsabilità civile, disciplinare e amministrativo-contabile che può conseguirne resta immanente ad un sistema immutato nei suoi assetti definatori, ancorché intriso di un'attenzione sempre crescente, chiaro indice del fallimento nella pratica dei pregressi tentativi di attribuire alla semplificazione l'effettiva portata di strumento regolatorio volto ad eliminare oneri, non certo a stimolare incertezze.

[1] Il vocabolario della giurisprudenza evoca quello del legislatore nell'*incipit* della norma, facendo espresso riferimento ai casi in cui *«il procedimento consegue obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio»*. Ciò ha consentito di non ritenere dovute le cc.dd. "risposte di cortesia", salvo in una logica di correttezza e buona fede dei rapporti (essa pure positivizzata mediante inserimento di esplicito richiamo nel comma 2 *bis* dell'art. 1 della l. n. 241/1990 introdotto in sede di conversione del d.l. n. 76/2020); ovvero quelle a domande palesemente incomplete o inammissibili, con riferimento alla idoneità delle quali a far decorrere i termini di maturazione del silenzio assenso vedi più avanti nel testo.

[2] Sul punto cfr. da ultimo CGARS, 2 marzo 2021, n. 167.

[3] Nella stessa logica va collocata la modifica all'art. 10 *bis* della l. n. 241 del 1990 riconducibile al decreto “semplificazioni” n. 76 del 2020: il preavviso di diniego, diversamente che in passato, sospende, non interrompe i tempi del procedimento, sicché gli stessi ricominciano a decorrere, senza azzerarsi, una volta scaduto quello per la presentazione delle osservazioni ovvero all'avvenuta presentazione delle stesse. Del mancato accoglimento delle osservazioni deve essere data ragione nel provvedimento finale, indicando «*i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni*». Infine, sul piano processuale, l'annullamento del provvedimento impedisce di rieditare il potere adducendo per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.

[4] Sulla natura perentoria dei termini previsti dall'art. 14 della l. 24 novembre 1981, n. 689 e la sua applicabilità agli atti delle Autorità indipendenti, v. Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2021, n. 2308; nonché *id.*, 19 gennaio 2021, n. 584, ove si è affermato che «*il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio promosso dall'Autorità [nel caso di specie, l'ARERA] ha natura perentoria, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato, con ciò che ne consegue in termini di illegittimità dello stesso*».

[5] Per una ricostruzione della tematica del danno da ritardo, v. M.L. Maddalena, Gli incentivi a decidere tempestivamente e i danni da ritardo, in www.giustiziaamministrativa.it, 2020. Con riferimento al danno da c.d. “contatto sociale”, definitivamente superato dalla pronuncia dell'A.P. del Consiglio di Stato (23 aprile 2021, n. 7), v. anche G. Tulumello, Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la “resistibile ascesa” del contatto sociale, *ibidem*, 2020.

[6] Il tema è stato da sempre al centro del dibattito dottrinario e giurisprudenziale. Fra i molti contributi sulla c.d. “attività silenziosa”, si segnala, anche per la diversità dell'approccio sistemico, G.P. Cirillo, Sistema istituzionale di diritto comune, Milano, 2021, in particolare p. 142 e ss. V. altresì M. D'Orsogna e R. Lombardi, Il silenzio assenso, in Codice dell'azione amministrativa, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, p. 968 e seguenti; A. Police, Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento, *ibidem*, p. 273 ss.; N. Paolantonio, Il provvedimento in forma semplificata, *ibidem*, p. 301 ss.; nonché S. Cogliani, Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del giudice amministrativo, *ibidem*, p. 309 ss.; G. Mari, L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione, in Principi e regole dell'azione amministrativa, a cura di M.A. Sandulli, 3 adizione, Milano, 2020, e ivi ulteriori richiami;

[7] Trattasi evidentemente della declinazione della regola contenuta a livello generale nell'art. 2, comma 7, della l. n. 241 del 1990, che il legislatore ha inteso richiamare espressamente al fine di enfatizzarne i contenuti di garanzia in tale specifico ambito, rivelatosi particolarmente “impermeabile” alle esigenze di certezza dei rapporti giuridici.

[8] Per una ricostruzione della tematica, v. Cons. Stato, sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1448. In dottrina, v. G.P. Cirillo, L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo, in www.giustiziaamministrativa.it, anno 2011.

[9] V. Cerulli Irelli, Lineamenti del diritto amministrativo, II, Torino, 2010, p. 422; G. Gardini, L'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati, in Codice dell'azione amministrativa, cit. *sub* nota precedente, p. 1002 ss.

[10] Anche l'art. 17 *bis* è stato inciso dalla riforma del 2020 nella logica acceleratoria dell'estenderne l'applicabilità a tutti i casi di procedimenti nei quali interagiscono una pluralità di pubbliche amministrazioni, in particolare sotto il coordinamento di quel collettore organizzativo che è il SUAP: innanzitutto è stata sostituita, in maniera molto significativa, la rubrica, che ora recita «*Effetti del silenzio e di inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*», sottolineando l'ampliamento delle fattispecie disciplinate dalla norma. Il meccanismo del silenzio è poi esteso ai casi in cui per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi è prevista la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto; conseguentemente, in via analoga alla disciplina vigente per l'acquisizione del concerto, in tali casi, qualora l'amministrazione proponente rappresenti esigenze istruttorie, motivate e formulate in modo puntuale, si applica lo stesso termine di 30 giorni previsto dalla medesima norma.

[11] Per una compiuta ricostruzione della incidenza della tempestività del pagamento dell'oblazione nella sua interezza ai fini dell'accoglimento della domanda di condono, anche *per silentium*, v. Cons. Stato, sez. II, 4 maggio 2020, n. 2814.

[12] Con riferimento al titolo edilizio, v. Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2021, n. 3904, ove si legge che «il silenzio assenso su una domanda di condono edilizio può formarsi solo in presenza di tutti i requisiti, formali e sostanziali, per l'accoglimento della stessa»; sez. IV 5 settembre 2016, n. 3805; T.A.R. per il Piemonte, sez. II, 27 febbraio 2018, n. 270; *id.*, 3 gennaio 2018, n. 12; T.A.R. per la Campania, Napoli, sez. VIII, 3 aprile 2017 n. 1776).

[13] La formulazione apparentemente poco felice della norma, tende a disgiungere il fatto oggettivo dell'avvenuto decorso del tempo, che si richiede all'Amministrazione inadempiente di attestare, dal suo significato, che consegue all'operatività del meccanismo del silenzio (equivalente «*per tantum*» ad accoglimento della domanda). Ciò non può non valere per il caso in cui in luogo dell'attestazione dell'Amministrazione il privato si avvalga della propria autodichiarazione, circoscrivendo le

potenziali responsabilità dello stesso, il cui spettro rischia di divenire comprensibilmente il vero argine al concreto utilizzo dell'istituto.

[14] Sulle criticità di tale sistema, per l'ulteriore carico di responsabilità di cui si onera l'istante, v. M.A. Sandulli, Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa" 2020, in www.giustiziainsieme.it, 2 settembre 2021 e, più in generale, sui rischi delle autodichiarazioni, dello stesso autore si segnala "Autodichiarazioni e dichiarazione non veritiera", ivi, 15 ottobre 2020.

[15] Il fatto che la dichiarazione sostitutiva non possa essere utilizzata in prima battuta, ma presupponga a sua volta un tentativo non andato a buon fine di compulsare l'Amministrazione quanto meno al rilascio dell'attestazione dell'avvenuta decorrenza del termine, implica necessariamente un'accentuazione del piano della responsabilità della stessa laddove decida poi di agire in autotutela, salvo motivazione aggiuntiva anche a giustificazione della propria (reiterata) inerzia.

[16] In relazione alla modifica introdotta, va segnalato che l'art. 21-*nonies* della l. 241/1990, al comma 2-*bis*, dispone anche che i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, «*possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1*». Il testo non risulta coordinato con il nuovo termine di 12 mesi di recente introdotto.

[17] Al riguardo, si veda l'importante pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2017 ove si è affermato che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorre soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro.

[18] Da ultimo, sulla s.c.i.a., v. M.A. Sandulli, La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.), in Principi e regole dell'azione amministrativa, 2020, cit. *sub* note precedenti, p. 261 ss. (e ivi ulteriori richiami e *focus* di approfondimento di G.Strazza, su "La s.c.i.a. e la tutela del terzo", *ibidem*, p. 281 ss) e G. Strazza, La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione, Napoli, 2020.

[19] Cfr. Cons. Stato, A.P. n. 15 del 2011.

[20] V. ancora Corte cost., n. 45/2019.

[21] Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2021, n. 5208.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1661 – 13 aprile 2021

Provvedimenti cautelari del giudice ordinario e giudizio di ottemperanza (in materia di pubblico impiego privatizzato) (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2021, n. 1463).

di Giuseppina Mari

Sommario: 1. Premessa e fattispecie oggetto della sentenza. – 2. I provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato del g.o. nell'art. 112, comma 2, lett. b), c.p.a. – 3. La strumentalità attenuata dei provvedimenti anticipatori nelle controversie di lavoro. – 4. Le modalità di attuazione a disposizione del g.o. nel procedimento ex art. 669-duodecies c.p.c. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa e fattispecie oggetto della sentenza

Il Consiglio di Stato, nella sentenza della Sezione VI n. 1463 del 2021, ha dichiarato inammissibile il ricorso per ottemperanza proposto per l'esecuzione di un'ordinanza cautelare resa dal giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro *ex art. 700 c.p.c.*. Ai sensi dell'art. 112, co. 2, lett. *c*), c.p.a. l'azione di ottemperanza con riguardo ai provvedimenti del g.o. è proponibile, infatti, solo per le sentenze passate in giudicato e per gli altri provvedimenti ad esse equiparati; in quest'ultima categoria il Consiglio di Stato non ha ritenuto inquadabile il provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, trattandosi di decisione interinale, ontologicamente inidonea ad incidere con efficacia di giudicato su posizioni giuridiche di natura sostanziale. La sentenza fornisce occasione per una riflessione sui provvedimenti attuabili in sede di ottemperanza, sul persistente limite del giudicato quando venga in rilievo

una pronuncia del giudice ordinario e sulla utilità, o meno, in termini di effettività della tutela giurisdizionale, dell'attuazione nelle forme previste dall'art. 669-*duodecies* c.p.c..

Nel caso deciso un dirigente del Mibac si era rivolto al giudice civile affinché venisse accertato il suo diritto a permanere in servizio fino al raggiungimento di una determinata età contributiva. Il Tribunale di Roma, in composizione monocratica, aveva accolto in sede cautelare la domanda *ex art.* 700 c.p.c., con ordinanza poi confermata dal Tribunale in formazione collegiale.

Veniva quindi proposto dinanzi al giudice amministrativo ricorso per ottemperanza, in ragione della mancata esecuzione del provvedimento e della sua elusione integrata dall'adozione di un decreto direttoriale di risoluzione del rapporto di lavoro ripropositivo dei medesimi vizi censurati dal giudice civile.

In primo grado il TAR Lazio^[1] dichiarava inammissibile il ricorso, essendo l'ordinanza cautelare *ex art.* 700 c.p.c. priva, in quanto tale, dell'attitudine al consolidamento nelle forme del giudicato. Confortato da giurisprudenza costante^[2], il TAR rilevava come tale considerazione restasse valida pur dopo la riforma del rito cautelare che ha “*infievolito la strumentalità del provvedimento d'urgenza rispetto alla fase del merito (divenuta eventuale), ma non ha inciso sul carattere intrinsecamente provvisorio di esso (cd. strumentalità attenuata), posto che le parti possono comunque avviare il giudizio di merito per un'ulteriore definizione giudiziale della controversia*”.

La contestazione della sentenza in appello si è basata su due principali argomenti: la equiparabilità dell'ordinanza alle sentenze passate in giudicato del giudice ordinario, in quanto caratterizzata dall'attitudine alla stabilità del comando giudiziale con la stessa impartito; il carattere necessitato dell'azione di ottemperanza (per la *cognitio plena* estesa al merito del giudice amministrativo) – e l'inidoneità del rimedio di cui all'art. 669-*duodecies* c.p.c. –, interferendo nella specie la tutela effettiva della posizione di lavoro con valutazioni di interesse pubblico discrezionali della p.A. datrice di lavoro. Ad integrazione di tali argomenti, è stata dedotta l'asserita contraddizione – in violazione degli artt. 3 e 113 Cost. – tra la competenza del giudice dell'ottemperanza sull'esecuzione dei provvedimenti meramente esecutivi del g.a. (ivi incluse le misure cautelari, ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. *b*, c.p.a.) e l'impossibilità di conoscere dell'inottemperanza di corrispondenti decisioni del g.o. assunte nei confronti della p.A..

Entrambi gli argomenti sono stati respinti, basandosi l'appello– a giudizio del Consiglio di Stato –, da un lato, su un'erronea interpretazione del dato normativo in ordine alla definitività dell'ordinanza in parola e, dall'altro, su un equivoco in merito ai poteri del g.o. adito per l'attuazione delle misure cautelari *ex art.* 669-*duodecies* c.p.c..

2. I provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato del g.o. nell'art. 112, comma 2, lett. *b*), c.p.a.

Sotto il primo dei profili indicati (asserita equiparabilità al giudicato), il Consiglio di Stato ha rilevato la non coincidenza tra *giudicato* e tendenziale *intangibilità* della misura cautelare.

La riforma del rito cautelare (operata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni in l. 14 maggio 2005 n. 80), con un chiaro intento deflattivo delle cause ordinarie, ha come noto affievolito la *strumentalità* del provvedimento d'urgenza – e degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito – rispetto alla tutela di merito, diventata eventuale con la soppressione della regola dell'obbligatoria introduzione del giudizio di merito.

Nonostante ciò, la riforma non ha reso il provvedimento idoneo al giudicato in senso sostanziale *ex art.* 2909 c.c..

Stabilito che ai provvedimenti di urgenza emessi a norma dell'art. 700 c.p.c. non si applicano le disposizioni dell'art. 669-*novies*, comma 1, c.p.c. – sulla perdita di efficacia del provvedimento cautelare per il mancato inizio tempestivo del procedimento di merito (entro il termine perentorio assegnato dal giudice o comunque entro il termine previsto dall'art. 669-*octies*, comma 2 c.p.c.) o per l'estinzione di quello eventualmente avviato –, l'avvenuta attenuazione della strumentalità non ha inciso sul carattere intrinsecamente provvisorio, potendo ciascuna delle parti della procedura cautelare scegliere comunque di avviare il giudizio di merito^[51] (art. 669-*octies*, comma 6, c.p.a.).

Gli effetti del provvedimento *ex art.* 700 c.p.c. rimangono dunque provvisori^[44] in quanto eliminabili o riformabili all'esito del giudizio a cognizione piena – avviabile da ciascuna parte – che dichiari inesistente il diritto a cautela del quale il provvedimento venne emesso.

Come evidenziato dalla giurisprudenza^[51], “*il provvedimento ai sensi dell'art. 700 c.p.c. non è “stabile”, tanto che il permanere della sua efficacia può venir meno per effetto di altra sentenza, anche essa instabile, perché impugnabile o impugnata*”, con la conseguenza che “*deve logicamente negarsi che esso possa divenire giudicato, finché l'accertamento a base della sua emissione non risulti confermato da una sentenza di merito divenuta non più impugnabile*”.

La riforma, pertanto, ha conferito stabilità all'efficacia esecutiva, ma non all'accertamento su cui il provvedimento si basa, potendo venire meno in conseguenza di altra pronuncia “*che in tanto può incidere su di esso senza costituire giudicato in quanto il provvedimento urgente è solo apparentemente definitivo*”^[61]. Coerentemente, l'art. 669-*octies*, u.c., c.p.c. dispone che “*l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo*”.

Permane, dunque, quella provvisorietà carattere essenziale delle misure cautelari e che ne denota l'inidoneità a dettare una disciplina definitiva del diritto controverso. Con l'ulteriore conseguenza che, in mancanza dell'instaurazione della causa di merito, il risultato determinato dall'attuazione del provvedimento cautelare si consolida in modo definitivo solo tramite i meccanismi di stabilizzazione del diritto sostanziale (come, ad esempio, la prescrizione). Tali considerazioni spiegano perché la Cassazione^[71] abbia ripetutamente giudicato non proponibile contro i provvedimenti urgenti *ex art.* 700 c.p.c. il ricorso straordinario per cassazione.

Quanto descritto si inserisce senza forzature in un sistema in cui la Costituzione garantisce che la tutela giurisdizionale dei diritti *possa* avvenire in un processo a cognizione piena che si concluda con un provvedimento avente attitudine al giudicato formale e sostanziale, senza però che tale garanzia implichi la necessità che *ogni* giudizio miri alla formazione del giudicato; il legislatore può prevedere, nella sua discrezionalità, che determinati diritti

possano essere fatti valere, oltre che in processi a cognizione piena, anche in processi sommari sfocianti in provvedimenti non idonei a dettare una disciplina incontestabile del rapporto controverso: la garanzia costituzionale del giusto processo impone, in tale caso, di prevedere la possibilità di instaurare il giudizio a cognizione piena^[8].

Con riguardo al secondo carattere essenziale tradizionalmente riconosciuto alle misure cautelari (la strumentalità), venuta meno la *strumentalità strutturale* – quale nesso indissolubile con il giudizio di merito a pena di inefficacia –, permane la *strumentalità funzionale* – che sta a significare che il tenore della misura continua a commisurarsi, in chiave anticipatoria, a quello di un ipotetico provvedimento definitivo (di cui scongiura la tardività) e a ritagliarsi, quindi, sulla funzione che la pronuncia di merito è chiamata ad esprimere^[9]. L'art. 700 c.p.c. dispone, infatti, nel testo persistente alla riforma, che il contenuto atipico ed elastico dei provvedimenti di urgenza è funzionale a renderli, nel caso concreto, “*idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*”.

Corollario di tali considerazioni è la riserva al giudice cautelare della fase esecutiva, ai sensi dell'art. 669-*duodecies* c.p.c., nel caso in cui il provvedimento cautelare non sia ottemperato dalla parte soccombente. La disposizione, nel prevedere che “*l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti*”, prevede un procedimento tipico che va promosso ai danni del soccombente. Ciò vale anche quando quest'ultimo sia una p.A..

I descritti caratteri differenziano le misure in parola rispetto ad altri provvedimenti del g.o. diversi dalle sentenze, per la cui esecuzione è pacificamente giudicata proponibile l'azione di ottemperanza *ex art. 112, comma 2, lett. c)*, c.p.a..

Il testo della lett. c) dell'art. 112, comma 2, c.p.a., nel fare riferimento ai provvedimenti “*equiparati*” al giudicato, usa una formula aperta, sul cui riempimento molto si deve alla giurisprudenza che ne ha chiarito i presupposti applicativi.

È stata giudicata inquadrabile in tale formula, ad esempio, l'ordinanza che conclude il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c.^[10] e che, ai sensi dell'art. 702-*quater* c.p.c., se rimasta inoppugnata, “*produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile*”^[11] acquisendo una stabilità pari a quella del provvedimento conclusivo del rito ordinario. Il riferimento testuale all'art. 2909 c.c. evidenzia la destinazione funzionale dell'ordinanza all'accertamento di un rapporto – a prescindere dalla tesi cui si aderisca del rito a cognizione sommaria^[12] o del rito semplificato a cognizione piena^[13] in cui la sommarietà incide sulle modalità istruttorie^[14] –, rendendo equiparabile la stessa alle sentenze passate in giudicato.

Ulteriori provvedimenti del g.o. cui pacificamente è riferita l'anzidetta equiparazione sono il decreto ingiuntivo non opposto o per il quale l'opposizione sia stata respinta e l'ordinanza di assegnazione del credito emessa dal giudice dell'esecuzione nel procedimento di esecuzione forzata.

Quanto al decreto ingiuntivo, esso, al pari della sentenza passata in giudicato, definisce la controversia in quanto, ove esecutivo, è impugnabile solo per revocazione o per opposizione di terzo nei limitati casi di cui all'art. 656 c.p.c., così acquistando valore di cosa giudicata.

Con riguardo all'ordinanza di assegnazione di un credito pronunciata *ex art.* 553 c.p.c. dal giudice ordinario nell'ambito di un processo di espropriazione presso terzi e in cui la p.A. ha la veste del terzo debitore del debitore, l'Adunanza plenaria nel 2012^[15] ha concluso per la relativa attuabilità mediante giudizio di ottemperanza sulla base dell'analisi del tipo di provvedimento azionato e del tipo di procedimento di cui esso costituisce esito, giudicando sussistenti sia il carattere decisorio (dell'esistenza e ammontare del credito e della sua spettanza al creditore esecutante^[16]) sia l'attitudine a passare in giudicato una volta divenuta l'ordinanza definitiva per decorso dei termini di impugnazione.

Diversamente, l'esperibilità dell'azione di ottemperanza è stata esclusa dalla giurisprudenza con riguardo all'ordinanza anticipatoria di condanna per somme non contestate *ex art.* 186-*bis* c.p.c.. Il Consiglio di Stato^[17] ha rilevato al riguardo come l'ordinanza, in caso di estinzione del giudizio, benché dotata di stabilità nei suoi effetti esecutivi, non sia equiparabile ad un accertamento definitivo in merito all'obbligazione; poiché l'estinzione del processo non estingue l'azione (art. 310 c.p.c.), un nuovo procedimento di merito tra le parti potrebbe condurre alla revoca dell'ordinanza ai sensi dell'art. 177 c.p.c.^[18].

3. La strumentalità attenuata dei provvedimenti anticipatori nelle controversie di lavoro

Alla prima condivisibile considerazione di carattere generale, il Consiglio di Stato ne aggiunge una ulteriore e specifica ai provvedimenti cautelari nelle controversie di lavoro, compresi quelli anticipatori *ex art.* 700 c.p.c.: “*detti provvedimenti, quando resi nella cause di lavoro, ritornano per il chiaro disposto dell'art. 669 IV co. c.p.c., alla regola generale (della strumentalità) emergendo piuttosto l'inapplicabilità di tal semplificazione (strumentalità attenuata) ai provvedimenti cautelari (anche a quelli anticipatori ex art. 700 c.p.c.) nelle controversie di lavoro*”; per essi vigerebbe, dunque, un regime di strumentalità piena.

Tale ultima affermazione consegue all'adesione, da parte del Consiglio di Stato, all'orientamento interpretativo della Cassazione^[19] secondo cui il ricorso d'urgenza *ante causam ex art.* 700 c.p.c. non sarebbe idoneo ad impedire la decadenza dall'impugnazione stragiudiziale del licenziamento (o degli altri atti datoriali di cui all'art. 32, commi 3 e 4, l. n. 183 del 2010) ai sensi dell'art. 6, comma 2, l. n. 604/1966, a tale fine valendo solo il deposito del ricorso di cui all'art. 414 c.p.c. nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o la comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato^[20].

È utile riportare quanto affermato dalla Cassazione nel 2018^[21] in merito alla predetta inidoneità: “*l'assenza, nel sistema della strumentalità attenuata di cui all'art. 669-octies, comma 6, c.p.c., di un termine entro il quale instaurare il giudizio di merito all'esito del procedimento cautelare vanificherebbe l'obiettivo della disciplina introdotta dalla l. n. 183 del 2010 di provocare in tempi ristretti una pronuncia di merito sulla legittimità del licenziamento*”. L'intento perseguito dal legislatore nel 2010 è quello di evitare che un possibile contenzioso attivabile dal lavoratore possa restare latente per tutto

il tempo di prescrizione dell'azione di annullamento o per un tempo lungo e indefinito in caso di azione di nullità. Stante la finalità acceleratoria dei tempi di emersione del contenzioso, la Cassazione ritiene non compatibile con l'obiettivo della l. n. 183 del 2010 l'incertezza sui tempi di instaurazione del giudizio di merito.

Tale argomento è però venuto meno in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 212 del 14 ottobre 2020^[22] che, a pochi giorni dalla camera di consiglio della sentenza in commento, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 6 l. n. 604 del 1966, come modificato dalla l. n. 183 del 2010, nella parte in cui non prevede tra le iniziative idonee ad impedire l'inefficacia dell'impugnazione stragiudiziale anche il deposito del ricorso cautelare anteriore alla causa ai sensi degli artt. 669-*bis*, 669-*ter* e 700 c.p.c.^[23].

La Corte costituzionale ha giudicato fondato, e assorbente, il contrasto con l'art. 3 Cost. in ragione del non giustificato diverso trattamento della richiesta di attivazione del tentativo di conciliazione o di arbitrato: se la procedura conciliativa si conclude positivamente con un accordo delle parti, questo, quantunque versato nel relativo verbale reso esecutivo dal giudice, non costituisce infatti cosa giudicata formale (art. 324 c.p.c.) né sostanziale (art. 2909 c.c.); analogamente, l'art. 412-*quater* c.p.c. prevede che il lodo, emanato a conclusione dell'arbitrato irrituale, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui agli artt. 1372 e 2113, comma 4, c.c., è impugnabile ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c., e contiene un accertamento di tipo negoziale. Pertanto, *la mancata previsione anche del ricorso per provvedimento d'urgenza ai sensi degli artt. 669-bis, 669-ter e 700 c.p.c., quale atto idoneo a impedire, se proposto nel termine di decadenza, l'inefficacia dell'impugnazione stragiudiziale e a dare accesso alla tutela giurisdizionale, è contraria al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)...*

La Consulta ha ravvisato inoltre la violazione dell'art. 3 Cost. anche sotto il profilo della ragionevolezza in riferimento alla finalità sottesa alla previsione del termine di decadenza, stante l'idoneità della domanda di tutela cautelare *“a far emergere il contenzioso insito nell'impugnazione dell'atto datoriale”*.

Ed è a tale ultimo proposito che la Corte svolge alcune interessanti considerazioni collegate a quanto poc'anzi rilevato sulla natura delle misure *ex art. 700 c.p.c.* e che confortano il ragionamento del Consiglio di Stato in punto di non equiparabilità al giudicato.

Ricordato che la tutela cautelare è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale^[24], collegandosi al principio per il quale *“la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione”*^[25], viene rilevato che con la più volte citata riforma del 2005 il legislatore ha accentuato la natura autonoma della tutela cautelare rispetto a quella di merito, *“rendendo soltanto funzionale, almeno per i provvedimenti cautelari anticipatori e per quelli di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ., il relativo nesso di strumentalità, stante l'idoneità di detti provvedimenti a restare efficaci indipendentemente dall'instaurazione del giudizio di merito, divenuta per gli stessi solo eventuale”*. In sostanza, i provvedimenti cautelari *“a strumentalità attenuata”* sono caratterizzati da una sorta di *“definitività condizionata in modo risolutivo”* ad una differente decisione assunta nel giudizio di merito che una delle parti eventualmente decida di incardinare in quanto insoddisfatta dell'assetto di interessi provvisorio *“potenzialmente stabile”* recato dal provvedimento cautelare o intenzionata ad *“ottenere una pronuncia sul merito del diritto controverso, idonea al giudicato sostanziale”*.

La Corte costituzionale ha quindi osservato come nel 2005 sia stato introdotto un nuovo modello di tutela che può esitare in un provvedimento celere, fondato sul *periculum in mora*, “a cognizione sommaria e a seguito di un procedimento deformalizzato, che si iscrive nell’ambito di una più ampia tendenza normativa, espressa anche mediante riti di natura diversa (semplificati, sommari, camerali), a svincolare la decisione concreta della lite dalla necessità dell’accertamento con il “crisma” del giudicato sostanziale”.

Il regime della strumentalità attenuata non si pone peraltro in contrasto con l’obiettivo dell’emersione celere del contenzioso (per l’incertezza sui tempi di instaurazione del giudizio di merito), dal momento che, definita la vicenda cautelare, nulla impedisce che l’iniziativa per far venir meno ogni incertezza sul rapporto giuridico sostanziale tramite il giudizio di merito possa essere assunta dal datore di lavoro.

In definitiva, l’intervenuta pronuncia della Consulta se, da un lato, fa cadere il secondo argomento utilizzato dal Consiglio di Stato, dall’altro lato fornisce autorevole e definitivo sostegno, nella descrizione dell’efficacia alquanto peculiare del provvedimento d’urgenza, al primo degli argomenti utilizzati a sostegno dell’inammissibilità del giudizio di ottemperanza, vale a dire la non equiparabilità ad una sentenza passata in giudicato.

4. Le modalità di attuazione a disposizione del g.o. nel procedimento *ex art. 669-duodecies c.p.c.*

La non esperibilità del giudizio di ottemperanza per conseguire l’adempimento da parte della p.A. dell’ordinanza *ex art. 700 c.p.c.*, una volta esclusa l’equiparabilità alla sentenza passata in giudicato, costituisce pertanto esito necessitato a normativa vigente. L’esigenza della stabilità del giudicato per l’esecuzione dei provvedimenti del g.o. tramite il giudizio di ottemperanza è prevista espressamente dall’art. 112, comma 2, lett. c), c.p.a. che, in tale parte, ha confermato quanto già in precedenza previsto dall’art. 37 l. n. 1034 del 1971.

La questione di legittimità costituzionale – sollevata in relazione agli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost. – del previgente art. 37 l. TAR nella parte in cui, pur dopo le modifiche recate dalla l. n. 205/2000 sulle sentenze esecutive del g.a., non consentiva per le sentenze ordinarie solo esecutive l’utilizzo del giudizio di ottemperanza, è stata più di una volta affrontata e dichiarata infondata dalla Corte costituzionale^[26]. A giudizio della Consulta, il testo modificato nel 2000 dell’art. 33 l. TAR, nella parte in cui aveva esteso l’ottemperanza alle sole sentenze amministrative esecutive, è espressione di una scelta discrezionale del legislatore, “*il quale ha voluto dare concretezza al principio di esecutività delle sentenze [del giudice amministrativo] di primo grado, evitando che l’amministrazione possa arbitrariamente sottrarsi alle pronunce giurisdizionali*”, non essendo previsti per le sentenze amministrative esecutive, non costituenti titolo esecutivo, strumenti diversi di esecuzione coattiva; diversamente, l’esecuzione delle sentenze ordinarie meramente esecutive è garantita dagli strumenti previsti dal c.p.c., per cui l’estensione ad esse del giudizio di ottemperanza non costituirebbe soluzione costituzionalmente necessitata.

A questi argomenti la Corte ha aggiunto l’ulteriore considerazione per cui le azioni esecutive esperibili dinanzi al g.o. secondo le norme di procedura civile e dinanzi al g.a. non sarebbero comparabili, poichè le sentenze o i provvedimenti esecutivi del g.o. non richiedono “*l’esame di merito proprio del giudizio di ottemperanza*”^[27]. Conseguentemente: non sussisterebbe una

disparità di trattamento tra l'ipotesi di esecuzione di sentenza amministrativa meramente esecutiva attraverso il giudizio di ottemperanza e l'ipotesi di esecuzione delle sentenze di primo grado del g.o. tramite gli strumenti del c.p.c.; e, stante la diversità degli istituti, in relazione all'esecuzione delle sentenze del g.o. non si porrebbe né una questione di pregiudizio per la tutela dei diritti, né di pregiudizio per la ragionevole durata del processo, comunque garantita dai tempi processuali disposti dal c.p.c..

Nel giudizio di ottemperanza, come noto, l'utilità concreta (in termini di effettività della tutela giurisdizionale) della risposta giurisdizionale è stata progressivamente garantita con il riconoscimento al giudice dell'ottemperanza del potere di individuare gli strumenti più idonei per l'attuazione del giudicato, in ciò anche declinandosi i poteri di giurisdizione "*anche in merito*"^[28]. La prospettiva della compiuta attuazione del *decisum* è tale che il vincolo che deriva al giudice dalla domanda di parte attiene solo al *risultato*, non al *quomodo* per raggiungerlo, tant'è che, in presenza di una domanda di ottemperanza fondata, il giudice può adottare tutte le misure atte a garantire che l'ottemperanza avvenga effettivamente e in tempi rapidi, esercitando poteri sostitutivi, in via diretta o indiretta, ordinatori e cassatori, eventualmente cumulabili in presenza dei necessari presupposti, la cui scelta – ad eccezione dell'*astreinte* per la quale resta necessaria la domanda di parte – è affidata allo stesso giudice^[29]. L'ampiezza dei poteri del giudice sul *quomodo* trova conferma nell'art. 114, comma 4, lett. a), c.p.a. che, coerentemente con la portata della giurisdizione di merito, dispone che, in caso di accoglimento del ricorso per ottemperanza, il giudice ordina l'ottemperanza "*prescrivendo le relative modalità*". Il potere del giudice dell'ottemperanza di individuare gli strumenti più idonei per l'esecuzione del giudicato spiega l'utilità dell'intervento sostitutivo del g.a. anche per l'ottemperanza alle sentenze del g.o., dove il giudicato di regola definisce la fattispecie determinando l'assetto del rapporto in relazione alla relativa prefigurazione legale. L'obbligo della p.A. di conformarsi al giudicato dell'autorità giudiziaria ordinaria può richiedere, infatti, determinazioni o operazioni riservate all'Amministrazione, alle quali il g.o. non può sostituire la propria volontà e la propria attività. Anche le sentenze di contenuto più semplice, come quelle di condanna al pagamento di una somma di denaro, possono rendere necessaria una serie di atti e di adempimenti, determinando un intervento del giudice nella procedimentalizzazione dell'erogazione della spesa, allo scopo di dare concreto soddisfacimento al diritto di credito.

Data l'indicata ampiezza dei poteri decisori del giudice dell'ottemperanza, il presupposto del giudicato per le pronunce del g.o. affinché di tali poteri si possa usufruire – sebbene dichiarato più volte conforme a Costituzione – potrebbe essere ripensato dal legislatore in ragione delle maggiori utilità che, in termini di effettività (utilità) della tutela, il giudizio di ottemperanza può presentare rispetto all'esecuzione civile. A bilanciare tali maggiori utilità, si pone di contro la – non eliminabile – impossibilità di integrare o arricchire il giudicato nella soluzione di questioni funzionali all'attuazione ma la cui cognizione sia devoluta a giudice diverso da quello amministrativo, in ragione del limite esterno della giurisdizione^[30].

Resta da vedere, peraltro, se nel caso specifico esaminato dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento il giudizio di ottemperanza avrebbe potuto presentare effettivamente maggiori utilità rispetto all'esecuzione tramite gli strumenti consentiti dal c.p.c. nelle forme di cui all'art. 669-*duodecies* c.p.c.

A giudizio del ricorrente, la tutela effettiva della propria posizione di lavoro interferisce con valutazioni di interesse pubblico discrezionali della p.A. datrice di lavoro (nel caso di specie,

l'invocata preposizione ad un ufficio dirigenziale generale); il che comporta che la vicenda possa essere apprezzata e definita solo con la cognizione piena estesa al merito del giudice dell'ottemperanza.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'argomento richiamando la giurisprudenza della Cassazione in tema di conferimento di incarichi dirigenziali e di natura della situazione giuridica soggettiva connessa: nel pubblico impiego privatizzato il conferimento di incarichi dirigenziali ha natura di *determinazione negoziale* assunta dalla p.A. con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art. 5 d.lgs. n. 165 del 2001); tali determinazioni devono conformarsi alle clausole generali di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), che impongono alla p.A. di effettuare valutazioni comparative, di adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e di esternare le ragioni giustificatrici delle scelte^[31]. Da ciò consegue che, in caso di mancato conferimento di un incarico dirigenziale, il dirigente pubblico può far valere il suo *interesse legittimo di diritto privato*^[32], connesso ai predetti obblighi datoriali^[33], relativamente all'atto di incarico (che è atto di micro-organizzazione). Se tanto vale per incarichi dirigenziali generali, *a fortiori* il trattenimento in servizio del ricorrente non impinge su scelte discrezionali e costituisce un *prius* rispetto all'affidamento allo stesso ricorrente di incarichi dirigenziali.

L'esecuzione ai sensi dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. da parte del giudice della cautela (titolare, peraltro, anche del potere di disapplicare eventuali atti amministrativi illegittimi che dovessero porsi in contrasto con quanto deciso, ex art. 4 l. n. 2248 del 1865 all. E^[34]), pertanto, non incontra preclusioni tali da far emergere una irragionevole contraddizione (in violazione degli artt. 3 e 113 Cost.) tra la competenza del giudice dell'ottemperanza a conoscere delle misure cautelari del g.a. ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. b) c.p.a. e l'impossibilità di conoscere dell'esecuzione di analoghe misure adottate dal g.o..

Il ragionamento svolto dal Consiglio di Stato è condivisibile, purché, a parere di chi scrive, venga integrato con alcune precisazioni – probabilmente sottintese nel ragionamento del g.a. – in merito all'ampiezza dei poteri del g.o. adito per l'esecuzione ai sensi del più volte citato art. 669-*duodecies* c.p.c.

A seguito della privatizzazione del pubblico impiego e della devoluzione al g.o. della giurisdizione in materia, i profili dell'esecuzione del giudicato e delle misure cautelari non sono stati disciplinati espressamente. L'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001, nel disporre che “*il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati*”, si occupa direttamente dei poteri del giudice del lavoro nel processo di cognizione, mentre nulla dispone in merito alle modalità di attuazione delle pronunzie emanate dal g.o. nel caso in cui la p.A. non si conformi spontaneamente^[35].

All'indomani della privatizzazione, era stata da una parte della dottrina esclusa l'esperibilità del giudizio di ottemperanza persino per le sentenze passate in giudicato, sul rilievo che la particolare invasività della procedura – connotata dalla giurisdizione di merito del g.a. – avrebbe riportato nell'alveo della giurisdizione amministrativa quelle stesse controversie che il legislatore aveva inteso invece attribuire al g.o.^[36]. Superato tale orientamento, ed ormai pacifica l'esperibilità del giudizio di ottemperanza per le sentenze passate in giudicato del giudice del lavoro^[37], permane, per le ragioni già esaminate, l'esclusione per le sentenze meramente esecutive ed i provvedimenti del g.o. in funzione di giudice del lavoro non equiparati al giudicato.

Diviene allora rilevante verificare se il giudizio di ottemperanza potrebbe in tali casi essere necessario ai fini della effettività della tutela giurisdizionale^[38]. In particolare, si pone la questione se tra le modalità di attuazione previste dall'art. 669-*duodecies* c.p.c. possa essere compreso il potere del giudice di nominare, quale suo ausiliario, un commissario *ad acta*.

Tenuto conto che l'art. 68 c.p.c. (“*Altri ausiliari?*”) prevede che, “*quando ne sorge necessità*”, il giudice può farsi assistere da “*persona idonea al compimento di atti che egli non è in grado di compiere da sé solo*”, la lettura in combinato con l'art. 669-*duodecies* c.p.c. induce a ritenere non estranea al sistema la possibilità anche per il g.o. di nominare un commissario incaricato di compiere quegli atti di micro-organizzazione necessari per assicurare il conseguimento del bene della vita attribuito in fase cautelare^[39].

Lo impone una lettura costituzionalmente orientata della norma, dal momento che, diversamente opinando, si configurerebbe, nella fase di attuazione di sentenze o provvedimenti meramente esecutivi, un'ingiustificata disparità di trattamento tra pubblico impiego privatizzato e non privatizzato, potendo quest'ultimo fruire, in sede di attuazione dinanzi al g.a., della misura sostitutiva in questione.

Il commissario nominato dal g.o. svolge funzioni ed attività non dissimili da quelle proprie dei commissari nominati dal giudice dell'ottemperanza. Poiché l'attività commissariale attiene al rapporto di lavoro privatizzato nell'ambito del quale la p.A. agisce, come detto, quale datore di lavoro *jure privatorum*^[40], lo strumento in questione non invade la sfera dei poteri pubblicistici della p.A.^[41]; ove ciò si verificasse, sarebbe infatti necessaria l'attribuzione al g.o. di una giurisdizione di merito, analoga a quella del g.a. dell'ottemperanza. Resta quindi fermo che i poteri commissariali non possono eccedere quelli della autorità giurisdizionale che lo ha nominato^[42] e, quindi, non possono concernere l'adozione di atti amministrativi in senso proprio^[43].

La soluzione non soffre il limite della non surrogabilità del datore di lavoro inadempiente a obblighi di *facere* o *non facere*^[44], non potendo l'infungibilità essere riferita alla p.A. datrice di lavoro^[45] stante la funzionalizzazione della sua attività ai principi di legalità, buona amministrazione e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. anche quando l'attività sia regolata da norme di diritto comune^[46]. Dal carattere funzionale dell'attività della p.A. datrice di lavoro consegue, quindi, la fungibilità *in re ipsa* delle obbligazioni inadempite^[47].

Anche in merito ad eventuali elusioni poste in essere dalla p.A. datore di lavoro (come accaduto nel caso di specie) tramite atti di micro-organizzazione, contrasterebbe con l'effettività della tutela giurisdizionale imporre la proposizione di una nuova domanda giudiziale piuttosto che un'istanza *ex art. 669-*duodecies** c.p.c. diretta a contestare l'inesatta ottemperanza e, quindi, la persistente non soddisfazione della pretesa azionata in sede cautelare^[48].

5. Considerazioni conclusive

Le descritte soluzioni – atte a fornire al giudice dell'esecuzione strumenti idonei a far conseguire al privato un'utilità sostanziale concreta – sono alla base della decisione del Consiglio di Stato e, quindi, dallo stesso condivise, seppure in maniera non particolarmente

argomentata (ed implicitamente con riguardo alla possibilità di nomina di un commissario). Illustrata la natura negoziale delle determinazioni della p.A. e la natura di interesse legittimo di diritto privato dell'antistante situazione giuridica soggettiva, si legge in sentenza che “*scolora così ogni adombrata questione d'illegittimità costituzionale del diverso regime esecutivo delle ordinanze di questo Giudice affidato a quest'ultimo in via ordinaria col rito ex art. 59 c.p.a., rispetto a quanto accade per le ordinanze dell'AGO, per la duplice, evidente ragione, per un verso, che ciascuno dei due sistemi processuali, specularmente e rispettivamente, offre un medesimo tipo di tutela esecutiva cautelare ... sì da render superfluo l'intervento esecutivo dell'una giurisdizione sull'altra*”.

Va del resto considerato che, oltre a richiedere il giudicato, i poteri del giudice amministrativo di ottemperanza nei confronti dei provvedimenti del g.o. scontano il limite ordinamentale del passaggio di giurisdizione, con la conseguente impossibilità di integrazione da parte del g.a.^[49]. Da ciò consegue, ad esempio, che anche eventuali contestazioni ad atti adottati dal commissario *ad acta* nominato dal giudice dell'ottemperanza non potrebbero essere mosse dalle parti tramite reclamo ai sensi dell'art. 114, comma 6, c.p.a., ove introduttive di un *thema decidendum* esterno alla giurisdizione del giudice amministrativo^[50].

Fornendo al giudice civile dell'esecuzione adeguati strumenti per l'effettività della tutela giurisdizionale, attraverso l'interpretazione proposta del quadro normativo di riferimento, il giudizio di ottemperanza non pare, quindi, una soluzione costituzionalmente necessitata nella specifica controversia di lavoro all'attenzione del Consiglio di Stato.

[1] TAR Lazio, Sez. II-*quater*, 12 febbraio 2020 n. 1934.

[2] *Ex multis*, TAR Campania, Sez. VII, 30 dicembre 2017 n. 6156; TAR Campania, Sez. VIII, 2 febbraio 2021 n. 689; TAR Calabria, Reggio Calabria, 17 settembre 2020 n. 555.

[3] TAR Campania, Sez. VIII, 2 febbraio 2021 n. 689; TAR Lazio, Sez. II-*quater*, 12 febbraio 2020 n. 1934.

[4] TAR Campania, Sez. VII, 30 dicembre 2017, n. 6156; Id., Sez. VIII, 2 febbraio 2021 n. 689; TAR Calabria, Reggio Calabria, 17 settembre 2020 n. 555.

[5] Cass., Sez. un., 28 dicembre 2007 n. 27187; Id., Sez. VI, 8 febbraio 2011 n. 3124.

[6] Cass., Sez. un., 28 dicembre 2007 n. 27187.

[7] Cass., Sez. un., 28 febbraio 2019 n. 6039; Id., Sez. II, 5 marzo 2019 n. 6360.

[8] Cfr. R. Caponi, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, V, 69.

[9] A. Carratta, *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, 2008.

[10] **TAR Toscana, Sez. I, 17 dicembre 2020 n. 1687**; TAR Campania, Salerno, Sez. II, 31 gennaio 2018, n. 167; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 1° aprile 2016, n. 834; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 25 marzo 2015 n. 4566; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 13 marzo 2013 n. 764.

[11] *Ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 25 maggio 2020 n. 5464. In dottrina M. De Cristofaro, *Sommariizzazione e celerità tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2020, 481 ss.

[12] A. Carratta, *Processo sommario*, cit.

[13] R. Caponi, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*; P. Biavati, *Le recenti riforme e la complessità trascurata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2020, 434.

[14] Per una sintesi delle quali cfr. G. Lisella, *Modelli decisori nel procedimento sommario di cognizione e termini per appellare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2020, 297.

[15] Cons. Stato, Ad. plen., 10 aprile 2012 n. 2.

[16] Essa, infatti, “*da un lato dà atto dell’esistenza e della misura del credito (vuoi sulla base della dichiarazione del terzo, vuoi sulla base dell’esito di un giudizio di cognizione incidente nel processo di esecuzione) e, dall’altro lato, trasferisce tale credito dal debitore pignorato al creditore esecutante*” (Cons. Stato, Ad. plen., 10 aprile 2012 n. 2).

[17] Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2019 n. 1677.

[18] Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2019 n. 1677: “*Non si può infatti escludere che le parti, a differenza di quanto avviene per le procedure monitorie non opposte, agiscano con diverso e autonomo giudizio di cognizione per far valere l’insussistenza dell’obbligazione a base dell’ordinanza?*”.

[19] *Ex multis* Cass., Sez. lav., 15 novembre 2018 n. 29429; Id., 6 dicembre 2018 n. 31647; Id., 4 luglio 2016 n.14390.

[20] La disposizione aggiunge che, qualora la conciliazione o l’arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l’accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo; viene così comunque recuperata la via giudiziaria ordinaria.

[21] Cass. civ., sez. lav., 15 novembre 2018 n. 29429.

[22] Corte cost., 14 ottobre 2020, n. 212, in *Guida al dir.*, 2020, 43, 30, per un commento alla quale M. Basilico, *Il ricorso d’urgenza impedisce la decadenza verso gli atti del datore di lavoro. Dalla Corte costituzionale un ammonimento al giudice comune*, in *Giustiziainsieme.it*, 24 novembre 2020.

[23] La questione di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 2, legge 15 luglio 1966 n. 604 (*Norme sui licenziamenti individuali*), nella parte in cui non prevede che l’impugnazione stragiudiziale di cui al primo comma della stessa disposizione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, oltre che dagli adempimenti ivi indicati, anche dal deposito del ricorso cautelare *ante causam* ex artt. 669-bis, 669-ter e 700 c.p.c., per violazione degli artt. 3, 24, 111, 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 6 CEDU, era stata sollevata dal Tribunale di Catania, Sezione lavoro, con ordinanza del 17 maggio 2019 (in G.U. serie speciale 9 ottobre 2019 n. 41), nel caso di un lavoratore che aveva proposto ricorso d’urgenza contro il trasferimento disposto dal datore di lavoro nella sede di un’altra regione senza poi promuovere anche il giudizio di merito previsto per impedire la decadenza dall’impugnazione.

[24] Corte cost., sentenze n. 236 del 2010, n. 403 del 2007; n. 165 del 2000, n. 437 e n. 318 del 1995, n. 190 del 1985; ordinanza n. 225 del 2017.

[25] Corte cost., sentenza n. 253 del 1994.

[26] Come ricordato anche da Cons. Stato, Sez. IV, 22 giugno 2018 n. 3853.

[27] Corte cost., ord. 25 marzo 2005 n. 122; Id., 8 febbraio 2006 n. 44.

[28] In argomento sia consentito rinviare a G. Mari, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L’evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli 2013, 170 ss.

[29] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2016 n. 2769: “*il giudice dell’ottemperanza è investito, per un verso, della potestà della cognizione piena del rispetto del giudicato e, quindi, della regola di azione stabilita con il dictum della decisione di cui si domanda l’esecuzione e, per un altro verso, ove ne ravvisi la mancata attuazione, la violazione o l’elusione, dei poteri dispositivi catalogati dall’art. 114, comma 4, c.p.a. La titolarità e l’esercizio di tali poteri si rivela, peraltro, del tutto funzionale alla compiuta attuazione del decisum (in un’ottica di piena effettività della tutela) e alla conseguente conformazione ad esso dell’azione amministrativa e, come tale, automaticamente implicata dalla proposizione dell’azione di giudicato?*”.

[30] Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. un., 14 aprile 2020 n. 7825, che distingue tra potere di interpretare il giudicato e potere integrativo ai fini del rilievo dell'eccesso di potere giurisdizionale sindacabile ai sensi dell'art. 111 Cost.; Cons. Stato, Sez. IV, 30 ottobre 2015 n. 4977.

[31] Cass., Sez. lav., ord. 10 novembre 2017 n. 26694; Id., 12 ottobre 2010 n. 21088.

[32] Su cui L. Bigliazzi Geri, voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, 527. In giurisprudenza, tra le più recenti: Cass., Sez. lav., 28 febbraio 2020 n. 5546; Id., 10 novembre 2017 n. 26694.

[33] Cfr., Cass., sez. lav., 28 febbraio 2020 n. 5546; Cass., sez. lav., 18 giugno 2014 n. 13867.

[34] Sul potere di disapplicazione del g.o. nelle controversie sul pubblico impiego privatizzato cfr. A. Police, *Inottemperanza della p.a. ai provvedimenti del giudice ordinario (in materia di pubblico impiego) ed esecuzione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 925.

[35] In argomento, in aggiunta alla dottrina citata nelle successive note, G. Vercillo, *Profili problematici in ordine alle tecniche di tutela esecutiva specifica dei diritti strumentali del lavoratore alle dipendenze della p.A.*, in *Judicium.it*, 2010; G. Albenzio, *L'esecuzione delle sentenze del giudice del lavoro nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1999, I, 3475; A. Pileggi, *I poteri del giudice*, in *Commentario sulla riforma del lavoro pubblico*, Milano, Aggiornamento 2010; A. Travi, *La giurisdizione civile delle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 310.

[36] B. Sassani, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 413 ss., che propende, quindi, per la sola esecuzione tramite gli strumenti del c.p.c. aperti, tuttavia, ad alcune modalità attuative riprese dal giudizio di ottemperanza, quale la nomina di un commissario *ad acta*, ausiliario del giudice ai sensi dell'art. 68 c.p.c., allo scopo di realizzare le prestazioni di *facere* indicate in sentenza, connotate da alcune peculiarità rispetto a quelle strutturalmente semplici cui è preordinata di regola l'esecuzione nel c.p.c..

[37] *Ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009 n. 561; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 24 marzo 2018 n. 1922.

[38] Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale sia consentito nuovamente rinviare a G. Mari, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., 34 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

[39] In argomento I. Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, 112; G. Meliadò, *L'effettività della tutela giurisdizionale nel pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 65; B. Sassani, *L'esecuzione delle sentenze civili di condanna dell'amministrazione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, 1.

[40] Cfr. Trib. Campobasso, Sez. lav., ord. 19 agosto 2013 n. 403; Trib. Roma, Sez. II lav., 19 marzo 2018 n. 6099.

[41] Cfr. I. Zingales, *Pubblica amministrazione*, cit., 113, osserva che "neanche sulla base di quanto statuito nell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E può escludersi l'attuazione coattiva attraverso commissari ad acta", poiché "il divieto di revoca o modifica contemplato in tale norma si riferisce esclusivamente a provvedimenti amministrativi (quali, ad esempio, gli atti macroorganizzativi) e non può, pertanto, riguardare gli atti privati o paritetici, quali quelli di microorganizzazione".

[42] A. Police, *Inottemperanza*, cit.

[43] In argomento cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2011 n. 6773.

[44] Per una sintesi ricostruttiva dei diversi orientamenti A. Police, *Inottemperanza*, cit.

[45] B. Sassani, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice*, cit., 413.

[46] Cfr. Trib. Reggio Calabria, Sez. lav., 11 aprile 2011: "Gli spazi di fungibilità nel pubblico impiego sono più ampi rispetto a quanto accade nel lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati, dal momento che nel rapporto di pubblico impiego sono ravvisabili passaggi di carattere formale - assenti nei rapporti di lavoro privati -, come tali fungibili. Infatti ... l'infungibilità è concetto riferibile a mere condotte materiali e non si attaglia a tutti quegli atti e provvedimenti formali che nel pubblico impiego contrattualizzato - in misura maggiore di quella riscontrabile nei rapporti di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati - costituiscono "necessario presupposto della condotta materiale (ad es. inserimento del dipendente nella pianta organica, atto attributivo di diversa qualifica, ovvero formale inserimento del dipendente in un elenco di aspiranti cui necessariamente attingere (...))" (ordinanza 1.12.2006). Inoltre la potenziale coercibilità dei provvedimenti giudiziali nei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione trova fondamento nel dover essere, l'attività della pubblica amministrazione, improntata ai canoni di cui all'art. 97 Cost., a differenza di quella del datore di lavoro privato, riconducibile invece all'art. 41 Cost. E fa parte del buon andamento

dell'amministrazione l'osservanza del principio di legalità e conseguentemente dei comandi giudiziari che di tale principio rappresentano la specificazione nel caso concreto"; Trib. Larino, Sez. lav., ord. ex art. 669-duodecies c.p.c., 19 settembre 2013 (R.G. n. 403/13); Trib. Pavia, Sez. lav., 5 giugno 2017 (R.G. N. 361/2017).

[47] In argomento A. Police, *Inottemperanza*, cit., 954, che osserva che "La tesi dell'infungibilità del comportamento del datore di lavoro pubblico - in conformità con quanto già dottrina e giurisprudenza maggioritaria hanno riconosciuto per i comportamenti del datore di lavoro privato - si giustifica in quanto parifica la tutela offerta dall'ordinamento al lavoratore pubblico con quella tradizionalmente assicurata al lavoratore privato. Detta parificazione degli strumenti di tutela, tuttavia, non è perfetta, giacché al lavoratore pubblico, a differenza del privato, è sempre consentita - una volta che si sia formato il giudicato - la strada del ricorso al giudizio d'ottemperanza. Tale impostazione, in ogni caso, non consente di cogliere la differenza sostanziale che esiste tra il datore di lavoro pubblico e quello privato. Il datore di lavoro privato, infatti, persegue con la sua attività principalmente un proprio fine di lucro; altrettanto non può dirsi per la p.A. che, anche quando si avvale di strumenti di diritto privato, è istituzionalmente deputata alla cura dell'interesse pubblico"; I. Zingales, *Pubblica amministrazione*, cit., 109-110. Cfr., in argomento, per una soluzione non pienamente coerente, Trib. Reggio Calabria, Sez. lav., 22 luglio 2010: "non può automaticamente ritenersi incoercibile per il datore di lavoro pubblico ogni attività che deve ritenersi tale per il datore privato. Semmai è vero il contrario: la regola, in materia di impiego contrattualizzato, è la coercibilità dei comandi giudiziari, in quanto questi costituiscono la specificazione nel caso concreto del comando normativo, al cui rispetto la pubblica Amministrazione non può sottrarsi, in quanto soggetta ai principi di buona amministrazione affermati dall'art 97 Cost. Deve quindi distinguersi fra gli atti che possono essere coattivamente posti in essere tramite ausiliario del giudice (o commissario ad acta che si voglia), previsto in via generale dall'art 68 c.p.c., ed atti fortemente discrezionali, o involgenti scelte infungibili della p.A. Solo in relazione a questi ultimi è oggettivamente preclusa qualsiasi attuazione coattiva ... Nella specie l'ordinanza del giudice della cautela, emessa il 1.2.2010, della quale si chiede l'attuazione, contiene in realtà due statuizioni: l'una è la sospensione dell'efficacia del conferimento dell'incarico di Direttore dell'Ufficio Acquisizioni al N; l'altra l'ordine di rinnovo della procedura selettiva, nel rispetto delle norme di legge e regolamentari (cfr ordinanza del 1.2.2010). La decisione in questa sede dev'essere diversa in relazione alle due pronunzie. La prima pronunzia non necessita di attuazione. È un provvedimento che colpisce direttamente l'atto di nomina, sospendendone gli effetti in via cautelare, e prelude ad una eventuale pronunzia di annullamento in sede di giudizio di merito. Non necessita di alcun altro intervento, trattandosi di atto per sua natura autoesecutivo ... Diversa riflessione deve invece effettuarsi per il secondo comando cautelare, cioè l'ordine di rinnovare la procedura di affidamento dell'incarico conteso. Questa attività è tuttavia insuscettibile di essere surrogata da altri o da un commissario ad acta, in quanto le scelte che richiede attengono alla discrezionalità ed a valutazioni non fungibili dell'ente, cui queste scelte sono demandate e che non possono essere svolte da altri?".

[48] I. Zingales, *Pubblica amministrazione*, cit., 116.

[49] C. Delle Donne, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza*, in B. Sassani, R. Villata, *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 1255. In giurisprudenza TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 19 novembre 2018 n.6654.

[50] Cass., Sez. un., 15 ottobre 2020 n. 22374.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1783 – 10 giugno 2021

The limits to the freedom of economic initiative in EU: between (absence of) commercial planning and protection of historic Town centers. VII Euro Regione North Adriatic International Colloquium. Trieste, 19 marzo 2021. Report.

Bernardo A. Masso

The logic of the free economic initiative and competition, principles on which the European Union was founded and still followed by the European legislation, evokes the dire necessity of a thorough discussion on how the aforementioned principles should be balanced with the protection of cultural heritage, landscape and historic urban centers. On the issue inferred from this possible friction, the conference, formally hosted by the University of Trieste, held in form of a webinar on the 19th March 2021 - under the supervision of the members of the scientific committee: Prof. Andrea Crismani, Prof. Dario Đerđa, Prof. Marcello M. Fracanzani and Prof. Erik Kerševan - tried answering by collecting, in a certainly worthwhile debate, the different experiences of the administrative legal systems of the northern Adriatic region. In fact each of them presents the mutual need to weigh sheer economic interests and historical, cultural and artistic legacy conservation.

The relevance and the frequency of the issue in the different legal systems, all distinguished by an important historic urban heritage to be preserved, was immediately highlighted in the institutional greetings of the presidents of the administrative Courts of Ljubljana, Jasna Segan, of Rijeka, Alen Rajko, and of Trieste, Oria Settesoldi, including the former president Umberto Zuballi.

The very question at issue concerning the critical relationship between economic activities and protection of cultural heritage was stressed by the introductory speech of the President of the V section of the highest Italian administrative court, the Council of State, Giuseppe Severini.

Pres. Severini pointed out how a common European perspective gives to the closeness of the different systems a legal meaning by harmonizing their legislation and case law, especially in such cases that require a proportional balancing of public interests such as the safeguarding of economic freedom, the interest in proper urban governance through the planning of the material and functional municipal transformation and enhancement, along with the preservation of the cultural assets.

Granted that individual activities and public interest do not always collide and may even support each other, oftentimes their relationship can occur as critical, raising the decisive question of what should be the right balance between these opposing interests and which one should ultimately prevail, thus if a hierarchy can be possibly defined. In this defining balancing it should always be considered that the cultural heritage represents, as a matter of fact, the most fragile interest with an unrepeatable value for society, whereas commercial activities are subject to the inherent dynamism that demands a fast urban development.

From this perspective the issue was subject of attention since the 60's, as it is confirmed by the Charter of Gubbio of 1960, which develops the Charter of Athens of 1933, and the Italian urban legislation of 1967 that grant special protection to the historic town centers. On one hand, it is thanks to this kind of legislation that Italy was able to display, on average, some of the best preserved historic town centers in Europe, on the other hand the country must now face the growing problem of a relevant desertification of the historic centers, which might entail a certain decay in the long run, especially in terms of "living urbanism" of the same areas, since historic areas cannot provide services to its residents in the same way as newly built neighborhoods.

Indeed the main challenge for the Italian urban system is to adjust the historical identity with the habitability of the urban centers, thus provoking a significant return of residents and supporting, at once, their commercial vocation, of which one of the main aspects is tourism. In fact giving too much space to the commercial offers for tourists would entail a fatal rebound effect on the ordinary habitability of the historic centers. It is important to stress that the administrative courts have performed a great service to avoid this risk, in cases concerning historic city centers of Rome and Florence the case law has favored the "urban decorum" over the interest in starting new private commercial activities.

In order to grant an adequate balance the legislation should take not an episodic approach but a comprehensive one, while the administrative courts should always follow the principle of proportionality taking into account the presence of a hierarchy of the aforesaid concepts, a hierarchy that stems from the unique and fragile essence of the urban historic tangible and intangible heritage.

Similar conclusions can be drawn by the report of Prof. Vera Parisio, from the University of Brescia and general secretary of AIDRU (*Association Internationale de Droit de l'Urbanisme*), who stressed out how the roots of a necessary, and not equal, balance can be identified in the provision of the Italian Constitution itself, namely in articles 9, which "safeguards natural landscape and the historical and artistic heritage" in the section of the fundamental principles, and 41, which grants private economic freedom in harmony with the "common good". Provided that a hierarchy can result from the constitutional provisions, it should be considered that if a proportional and reasonable balancing of a public interest with an opposing private one can result in a quite easy outcome in favor of the public one, some care

is needed in the case of balancing two public interests. The latter situation has been often matter of judgment before national administrative courts, a clear example of that is the judgment n. 3225/2020 of the Italian Council of State, which tackles the conflict between the general interest to trade and the architectural protection of historic urban heritage.

Given the special conditions of economic crisis due to the pandemic, Prof. Parisio proposes a potential new approach to this topic, which may elicit a new relationship between the duty to preserve the cultural urban heritage and the need to develop commercial activities, a relationship based on synergy rather than conflict and, on this wise, promoting economic activities through the protection of architectural heritage. This may be accomplished thorough different tools already used in the environmental law field, such as taxation and incentives.

In a European perspective Prof. Ana Pošćić, University of Rijeka, has pointed out that the collision between the protection of historic city centers and the economic freedom does not necessarily violate the EU law, which actually accommodates national interests in the protection of historical and artistic heritage by recognizing specific justifications for possible limitations on the freedom to provide services. Nevertheless this balancing may be not so easy and the administrative Croatian case law provides an example: in 2019 the city of Dubrovnik became the first Croatian city to regulate the installation of ATM cash machines in the historic city center (which constitutes a UNESCO heritage site). This regulation entailed the removal of some cash machines and a precise list of esthetic requirements for the ones to be installed. The High Administrative Court of the Republic of Croatia has ruled not to postpone the execution of the municipal regulation, highlighting that the protection of the individual economic interest cannot take precedence over the cultural common good.

In a wider context such a barrier may be considered an obstacle to the freedom to provide services, as granted by the broad definition of “service” given by art. 57 of the Treaty on European Union. However, according to the EU law, restrictions on the freedom to provide services may be justified, among others, for overriding reasons such as the protection of social and artistic heritage. This is clearly stated by the European Court of Justice in the series of cases during late 80’s and 90’s concerning Italy, France, Greece and Spain whose regulations required tourist guides from other countries to possess a specific license that proved their qualification in order to protect the image of the historical and cultural heritage other than the service recipients. The Court confirmed that those grounds could constitute overriding reasons to limit the freedom to provide services, though in those cases the regulations failed to pass the proportionality test since the measure of a license requirement exceeded what was necessary to safeguard those public interests, hence integrating an overly restrictive and disproportionate measure of the market freedom.

In fact, being subject of a relevant liberalization due to the Bolkestein directive, the freedom to provide services entails more difficulties than the other single market freedoms to harmonize the national regulations with the EU law. An accurate, and precious due to its importance in the topic under discussion, analysis of the Internal Market Directive 2006/123/EC was given by Ass. Prof. Adrijana Martinović, University of Rijeka. As a directive, this legislative act is designed to harmonize the legislations of the member states, in particular the Bolkestein directive was adopted on a double legal basis, namely the freedom to provide services and the tightly intertwined freedom of establishment.

The Directive lead to a relevant transformation of the regulatory regimes of the member states: it specifically demands administrative simplification and cooperation for the service providers willing to establish into another member state, whereas for the service providers without establishment the Directive allows the host member state to keep certain requirements provided that they are justified, not discriminatory, necessary and proportionate. This resulted into an abandoning of the country of origin principle, according to which it is only the country of origin that has the obligation to exercise control over service providers having their seats in the home territory, inasmuch as another member state must not interfere in the process recognizing the legitimacy of the services.

On a closer scrutiny of the regulation for the establishment of service providers, member states may impose certain barriers to the freedom to provide service only for overriding reasons related to public interest and provided that they comply with the test of proportionality. The Directive envisages innovative tools such as a peer review of the national legislations in which each member State is able to assess possible justifications and the proportionality of their regulation on requirements for service providers.

Granted the legal definition of “requirement” given by art. 4 par. 7 (“any obligation, prohibition, condition or limit provided for in the laws, regulations or administrative provisions of the Member States or in consequence of case-law, administrative practice, the rules of professional bodies, or the collective rules of professional associations or other professional organizations, adopted in the exercise of their legal autonomy”), a list of “suspicious requirements” that needs to be evaluated as to their compatibility with the Directive is included in art. 15. According to the Court of Justice, this provision has direct effects on the legal system of the member states, since it imposes a sufficient precise and unconditional obligation on the member States.

These requirements must correspond with overriding reasons related to public interest that may in fact justify restrictions. Those are indicated in art. 4 par. 8, and they include “the conservation of the national historic and artistic heritage”. It is important to highlight that the discipline of articles 14 (which indicates prohibited requirements in any case), 15 and 9 (which regulate the possibility for a member state to make access to a service activity subject to an authorization scheme) applies also to purely internal situations concerning national service providers, since it is part of Chapter III of the Directive which establishes a regulatory regime for all service providers. For the sake of completeness, it is crucial to note that zoning and urban regulation can easily be subject to the scrutiny of the Court of Justice on the account of the Service Directive. This is proved by the *Visser* case, a leading case concerning municipal zoning rules and retail activities considered to be included in the discipline of the Directive.

Therefore it is possible to affirm that the protection of cultural and historical urban heritage can constitute an overriding reason to set barriers to economic activities not only according to the Treaties, but also under the Directive 2006/123/EC, even though some critical aspects may arise by the different discipline concerning transnational service providers.

From an Italian perspective Prof. Anna Simonati, University of Trento, pointed out a “double soul” of the Italian statutes in the friction between economic activities and historical protection: indeed the Italian legislation seems on one hand to prohibit any activity incompatible with the protection of the cultural value of the historic city centers, on the other

hand some commercial activities deemed as traditional are subject themselves of a special preservation. The relevant liberalization carried out by the law decree n. 1/2012 includes possible, and proportional, limits on economic activities if based on a public interest, besides the legislative decree n. 114/1998 provides the possibility for the Regions to issue general guidelines for commercial activities in such wise.

Art. 52 of the Code of the Cultural and Landscape Heritage also gives the possibility to identify specific municipal areas deemed to have archaeological, historical, artistic, or landscape value, where commercial activities can be limited. It is a matter of interest to point out that after a later amendment, the legal provision also grants the possibility to take positive measures to preserve traditional activities that are entwined with the cultural identity of the area, hence proving a special attention also for the immaterial value of cultural identity. This is one of the many examples in the Italian legislation that show the aforementioned “double approach”: protection through prohibition on one hand, positive measures on the other. It is not farfetched to notice this attention to the immaterial value of the cultural heritage in the administrative case law, especially in the decisions concerning the renewal of licenses for certain economic activities rooted in a specific municipal area.

It is crucial to face some critical points of the Italian statutes, like the absence of a legal definition of “historic urban center”: in fact a significant complexity may arise by the different definitions given by soft law acts (such as the Charter of Gubbio), by the civil and administrative case law, administrative acts and Regional sources, which, moreover, have to cope with divergent issues concerning historic urban centers, such as desertification or gentrification.

The Italian overview was completed by the presentation of President Marco Lipari, Council of State, focusing on the Italian administrative case law which reveals the need for a reasonable balance between the protection of the cultural value and the economic freedom. These principles can be inferred from European sources such as the Court of Justice case law, the European Landscape Convention (or Florence Convention) and especially the Convention on the Value of Cultural Heritage for Society (or the Faro Convention), both of them Council of Europe treaties. These documents preserve cultural and historical identity as part of fundamental human rights, in particular in the context of the individual right to freely take part into the cultural life of the community. Notably the Faro Convention provides a broader understanding of cultural heritage in the relationship with the communities.

It is of the utmost utility to analyze the Italian case law citing some of the most relevant judicial examples on the topic, since, in the Italian experience, the relationship between economic activities and public interest causes a vast litigation. A relevant case is the one concerning the renewal of the concessions of some municipality buildings in the notorious Milan gallery. The decision of the Milan municipality to hold a public tender, supported by an opinion of the National Anticorruption Authority (ANAC), in order to grant the maximal economic competition was later canceled by the Administrative Regional Tribunal of Lombardy and confirmed by the Council of State with the judgment n. 5157 of the 3rd September 2018.

This decision identifies an accurate limit on the principle of economic competition deriving from the system, even in the absence of a specific written rule and recognizes the prevalence

of the cultural value. The same decision also considers the limit on private economic initiative for cultural interest with a particular broad definition that includes the individual protection of outgoing operators, but also the public interest related to the destination of the assets. According to the judgment the cultural and historical value must be deemed as a utility itself, regardless any economic considerations.

The decision resumes a principle expressed by the EU Court of Justice with the decision of the 24th March 2011 C-400/08, according to which public administrations are allowed to regulate economic activities even through authorizations, namely preventive control of the activities.

It is not easy, especially in Italy, to balance the economic vocation of historic urban areas, particularly concerning tourism, with the protection of the historic heritage. Specific legislative measures are necessary in order to weigh the different interests at stake in different economic sectors, especially to avoid the loss of historical identity in those areas that also comprise traditional activities. In fact specific and traditional activities have been defined as “cultural assets” by the administrative case law and by Regional statutes too.

Other cases confirmed the legitimacy of measures that limited economic freedom on account of a prevailing public interest stemming from the conservation of “urban decorum”. This approach may also be noted into certain legislative acts like the legislative decree n. 222 of 2016, which granting a considerable liberalization of the economic activities enlists some cases related to the historic value of some areas worthy of a special protection, without this resulting into a crystallization of the commercial activities. This kind of regulation indeed may also be found in other European metropolitan urban centers such as Paris or London.

The discussion was enhanced by the perspective from another EU member State, Slovenia, thanks to the presentation of Cons. Borut Smrdel, judge of the Administrative Court of the Republic of Slovenia. As to the answer to the question whether economic freedom may be limited on the grounds of public interests, and especially the concern to protect historic town centers, specific administrative case law in Slovenia is actually missing. Nevertheless, in an inevitable theoretical approach, it is worth mentioning the Slovenian legal regime for the land planning and the protection of cultural heritage.

The main law regulating land planning in Slovenia is the “Spatial planning act”, according to which the State is responsible for preparing the state spatial plan, whereas the municipalities keep the competence to regulate the municipal and inter-municipal plans. This legislative act stresses the importance to take into consideration the “identity of the space” due to specific geographical, cultural-historical, social, economic and other conditions of development.

Specific provisions in the Slovene legal system are also included in the “Cultural Heritage Protection Act” which covers registered heritage, national treasures, monuments, heritage sites and archaeological remains. Monuments of national importance are declared as such by government decrees, while monuments of local importance are subject to an act of proclamation that consists in a decree of the representative body of the province or the municipality and comprises the reasons justifying the proclamation and the specific protection regime. Any intervention on monuments or heritage sites must obtain a “cultural protection consent” from the body responsible for the preservation of cultural heritage, unless it is urgent, immediately necessary to avoid an unforeseeable danger or damage.

The presentation proceeded with the analysis of the specific spatial planning of Ljubljana, whose goal is to preserve, protect and restore the historic city, especially the areas of cultural monuments and other cultural heritage. It should be considered that the city's regulation permits interventions in space and spatial arrangements if they contribute to the permanent preservation of heritage and increase its value. The provisions define "interventions" as any works, activities and actions that affect the protected values due to which a building or an area acquired the special protection status. These regulations result in some requirements in the dimension, the materials, the construction design and the appearance of the protected assets. The city of Ljubljana has also identified certain areas as "characteristic" - namely areas distinguished by rich cultural heritage as well as areas of particular urban-architectural quality recognized by planning instruments - that are worthy of a special protection, and so granting, as a matter of fact, different levels of preservation to cultural assets.

According to this legislation, it is reasonable to believe that limitations on economic activities would occur if they affected specific historic areas. Public calls for tenders concerning the lease of public areas for economic activities often comprise specific criteria in order to favor participants that prove to better preserve the tradition and the cultural identity of the area.

The presentation of Cons. Hrvoje Miladin, Judge of the Administrative Court in Zagreb and long-term exchange participant at the European Court of Justice, focused on the European overview of the issue, specifically the ECJ's practice regarding the application of the Service Directive, hence the landmark decision of 30th January 2018 regarding the *Visser* case (joined cases C-360/15 and C-31/16), which deals with fundamental questions regarding the scope of the directive 2006/123 and the interpretation of the concept "services".

The judicial question regarding the interpretation of the Service Directive was referred to the European Court by the Dutch Council of State, the highest administrative court in Netherlands. *Visser* is a company that owns commercial premises in the commercial area of Woonplein, outside the historic center of the municipality of Appingedam (north-east Netherland). According to the zoning plan of the municipality, Woonplein was designated as an area for the exclusive retail trade in bulky goods, such as furniture and cars. The zoning plan did not allow *Visser* to let its commercial property to a shoe and clothing retailer, since this retailer did not sell bulky goods.

Visser disputed that, in regulating so, the municipality plan breached the Service Directive violating the principle of freedom of establishment. The Council of State of Netherlands referred questions of interpretation of the Directive to the ECJ for a preliminary ruling. To the question whether a shoe and clothing retail may be qualified as a "service" within the meaning of the Directive, the European court replied that the activity of retail trade in goods such as shoes and clothing falls within the scope of the concept of "service" within the meaning of art. 4 of that Directive, since the rules of the zoning plan regard not the goods as such, but concern the conditions governing the access to the service activities. The decision has also answered to other important interpretative questions: the European judges stated that protection of the urban environment can be considered an overriding reason of public interest that may justify restrictions on commercial activities and, moreover, that the Directive also applies to merely domestic situations in which service providers are willing to establish in their own country. Cons. Miladin has underlined the practical meaning of such a statement, it is in fact reasonable to think that this could lead more service providers to

challenge local regulations in purely internal situations. The conclusion of the ECJ were widely supported by the opinion of the Advocate General.

Cons. Miladin proceeded focusing on Croatian legislation that includes specific statutes like the “Act on the Protection and Preservation of Cultural Goods”, which similarly to the abovementioned legislation, regulates the intervention on historic assets and is intently implemented by the administrative national courts.

The conference was concluded by the presentation of Prof. Erik Kerševan, University of Ljubljana and judge of the Slovenian Supreme Court, who has stressed the complexity of the protection of heritage pursued by different levels of regulation, national and European, in the constant weighing of conflicting values and interests. The main question whether it should be the legislation or the administration to resolve these balancing issues remains open.

In this context, it is duty of the administration to identify problems - that is in other terms to identify values - hence define policies, which is of the utmost importance in case of conflicting interests. These decisions are shaped into normative acts, from European legislation to municipal regulation, that set abstract rules with a wide margin of discretion for the legislator. The following administrative acts do not deal with policies, but instead they rule certain specific cases and they are legally bound acts. To determine if a decision that grants protection to cultural and historic heritage is a legislative or an administrative act entails important consequences, for instance the jurisdiction of administrative courts.

This was the issue arisen in the Slovenian legal system and resolved by the Constitutional Court in 2012 (U-I-144/12, 18th October 2012), which affirmed the nature of administrative decision rather than a normative act of the declaration of a national monument that recognizes a special protection as heritage. As such this kind of declarations should be adjudicated by administrative courts.

It remains to be asked what the role of administrative justice is then. In this delicate area, where interests and values collide, the judges are facing an enormous task, indeed if the questions of protection of heritage are dealt with administrative acts, and not normative ones, there arises the need to rule on their validity and, in order to do so, it is necessary to go into the core not only of the legislation but into the very core of values. In this way a priority of values and interests is set, however, in the opinion of Prof. Kerševan, these kind of conflicts should be resolved by the policy makers, not by the administration nor by the judges.

It is also unanswered the question whether there should be an absolute discretion left to the administration concerning the decision to protect something as heritage stemming from the highly technicality of the decision, which falls outside the scope of the judicial review, or it should rather be considered a legal reasoning that a judge could examine in detail.

These questions, which regard vital sectors and values of the European legal systems, prove that the topic constitutes still an open issue and deserves to be studied in order to fully determine what direction the European member states are willing to pursue in order to preserve their historical identity and not hinder economic growth.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1589 - 1 marzo 2021

L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo (nota a Cons. st., sez. II, n. 8546/2020)?

di Marco Mazzamuto

Sommario: 1. Premessa. – 2. I limiti tradizionali nelle classiche controversie di diritto pubblico. – 3. Le zone di intreccio col diritto privato. – 4. Il ritorno delle azioni dell'amministrazione contro il privato: la giurisdizione esclusiva e la responsabilità. – 5. Concorso di strumenti pubblicistici e privatistici. Rilievi critici. – 6. La subdola parità di fronte al giudice amministrativo. Rilievi critici. 7. Il caso della pronuncia in commento. 8. Conclusioni.

1. Premessa.

Una recente pronuncia (Cons. st., sez. II, n. 8546/2020) costituisce l'occasione per fronteggiare un tema tradizionalmente poco approfondito, ma che è andato emergendo in modo significativo in questi ultimi venti anni: la ricorrenza di azioni della pubblica amministrazione contro un privato innanzi al giudice amministrativo.

Nulla impedisce in linea di principio che l'amministrazione possa promuovere un giudizio contro un privato, così come nulla impedisce in linea di principio che l'amministrazione possa presentare un ricorso al giudice amministrativo. E' sufficiente ricordare, nel primo caso, l'instaurazione di un giudizio civile^[1], e, nel secondo caso, l'impugnazione, in via principale o in via incidentale, di un atto di altra amministrazione^[2].

Ciò che si presenta oggi è tuttavia quella che sembrerebbe un'inusuale combinazione, ovvero sia che l'amministrazione agisca contro un privato, questa volta, non di fronte al giudice ordinario, bensì di fronte al giudice amministrativo, mentre il ricorso a quest'ultimo

tradizionalmente ha sempre sembrato presupporre che la parte resistente fosse una pubblica amministrazione, tanto è vero che, ancora alla fine del secolo scorso, si ricordava che “la dottrina ... la ritiene un'affermazione scontata e ciò, sia se si controverta in sede di giurisdizione generale di legittimità, sia in sede di giurisdizione esclusiva”, riconoscendo che in effetti “tutto il processo è organizzato intorno alla figura dell'amministrazione, parte resistente”[3]. Anche negli odierni manuali di questo ordine di problemi si continua ad avere ben poca traccia.

Non sarebbe però corretto affermare che siffatta inusuale combinazione costituisca un'assoluta novità. Nella storia del contenzioso amministrativo, come vedremo, se ne possono trovare riscontri, sia con riferimento alla tradizione francese, sia con riferimento alle vicende del nostro ordinamento.

2. I limiti tradizionali nelle classiche controversie di diritto pubblico.

Se si guarda alle classiche controversie pubblicistiche, che involgono cioè l'impugnazione di atti amministrativi, non è difficile comprendere perché non si trovino azioni dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo.

In primo luogo, a parte di recente l'organo indiretto, a mente di una famosa pronuncia (Cass. s.u. n. 12221/1990), o più ampiamente i soggetti “equiparati” alla p.a.[4], dove il privato viene comunque rivestito di una coloritura pubblica, e a parte il controinteressato che non può in effetti considerarsi in senso stretto un resistente[5], il privato vero e proprio, che mantiene cioè integra tale sua qualità, non adotta atti amministrativi, sicché manca l'oggetto contro il quale rivolgere il ricorso. Per tale ragione non si può dunque dare il caso di un ente pubblico che impugni un atto amministrativo del privato, così come invece sarebbe possibile nei confronti di un atto amministrativo adottato da un'altra amministrazione.

In secondo luogo, l'amministrazione, per far valere una pretesa pubblicistica nei confronti del privato, non deve agire contro quest'ultimo passando per l'intermediazione del giudice amministrativo, ma esercita direttamente i poteri che le conferisce l'ordinamento.

Così, se intende adottare un provvedimento sfavorevole al privato, a seguito di un procedimento d'ufficio o ad istanza di parte, l'amministrazione non deve prima chiedere al giudice amministrativo di accertare la sussistenza dei relativi presupposti, bensì adotta *motu proprio* il provvedimento.

Anzi nella logica del sistema, l'amministrazione non solo non deve, ma anche *non può* adire il giudice amministrativo, poiché è ad essa che l'ordinamento attribuisce, quantomeno in prima battuta, la responsabilità di provvedere. Così non meno nella tradizione francese, ove “le autorità amministrative hanno l'obbligo di esercitare i poteri di cui sono investite”, sicché un loro ricorso al giudice amministrativo sarebbe irricevibile[6].

Sul piano processuale ciò è ben rappresentato dal principio, sempre di origine francese, della cd. *décision préalable*, che si atteggia appunto a condizione di ricevibilità del ricorso, e che, tra i cugini d'oltralpe, continua a mantenere tutto il suo vigore, coinvolgendo anche le azioni di responsabilità o volte comunque ad ottenere il pagamento di una somma di danaro[7]. Anche nel nostro ordinamento, ciò trova da ultimo conferma, se mai ve ne fosse stato bisogno, nell'art. 34, comma 2, c.p.a. “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a

poteri amministrativi non ancora esercitati”[8]. Un analogo modello possiamo tutt’oggi ritrovare nella giustizia tributaria, pur sempre figlia della tradizione del contenzioso amministrativo[9].

Il principio della *décision préalable* è normalmente evocato con riguardo al ricorso del privato, ma, a ben vedere, *esso deve non meno riferirsi all’amministrazione*, costituendo il naturale corollario della suddetta responsabilità: non solo il privato, ma neanche l’amministrazione può presentare previamente un ricorso al giudice amministrativo in ordine all’esercizio dei poteri che le competono.

E’ vero che può ravvisarsi una deroga nel caso del silenzio, almeno da quando nel nostro ordinamento quest’ultimo è stato inteso, sviando dalla tradizione francese sin lì seguita, come silenzio-inadempimento e non più come diniego tacito, nonché da ultimo, ma a certe condizioni, nella sopravvenuta possibilità di accertare la “fondatezza della pretesa” (art. 31, comma 3, c.p.a.). Deve tuttavia ritenersi che siffatte deroghe, che comunque confermano il principio, possano valere soltanto in caso di ricorso del privato, *mentre il principio dovrebbe mantenere del tutto integra la sua portata interdittiva riguardo ad un’azione dell’amministrazione*.

L’amministrazione non può dunque chiedere un accertamento su un potere non ancora esercitato né in via di azione, né in via di reazione ad un ricorso presentato dal privato.

I poteri pubblicistici non si fermano al primo provvedere e ciò refluisce nuovamente nella prospettiva processuale.

Se intende annullare d’ufficio un proprio provvedimento, l’amministrazione non deve, ma anche *non può* chiedere previamente al giudice amministrativo di accertare la sussistenza dei relativi presupposti, bensì adotta *motu proprio* il provvedimento di autotutela.

Ciò vale, anche qui, sia in via di azione, sia in via di reazione, e similmente al sistema francese[10]: se, ad es., un concorrente impugna la graduatoria lamentando una clausola del bando, l’amministrazione, a differenza di un controinteressato, non potrebbe, con ricorso incidentale e al fine di rimuovere il parametro evocato dal ricorrente principale, impugnare siffatta clausola, bensì, trattandosi di un proprio atto (il discorso sarebbe diverso se si trattasse di atto di altra amministrazione), avrebbe dovuto provvedere con i poteri di autotutela[11].

I poteri pubblicistici non si fermano neanche al provvedere, di primo o di secondo grado, ma investono altresì l’esecuzione del provvedere.

Come è noto, grazie al principio di esecutorietà, unitamente al potere pubblicistico di emanare propri titoli esecutivi, l’amministrazione non deve[12], ma di regola, parimenti alla tradizione francese del *privilège du préalable*[13], anche *non può* a tal fine rivolgersi previamente al giudice amministrativo, ma porta direttamente ad esecuzione i propri provvedimenti.

La proiezione sulle vicende dell’esecuzione costituisce in qualche misura un’inevitabile conseguenza della logica del sistema. Ciò fa comprendere perché negli ordinamenti giurispubblicistici, anche in prospettiva comparata, non abbia mai avuto risultati apprezzabili l’idea di riportare l’esecutorietà ad un principio di tipicità normativa. Non diversa sorte ha avuto, nel nostro ordinamento, l’art. 21-ter della legge n. 241/1990[14], la cui previsione, non a caso, è stata sostanzialmente tralasciata dalla giurisprudenza[15].

Ma allora, se non quelle pubblicistiche, quali dovrebbero essere mai le controversie nelle quali l'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo?

Qui il discorso si complica e la linearità dello schema appena rappresentato viene investito dalle ambiguità che caratterizzano quelle *zone di confine* nelle quali le fattispecie pubblicistiche rimesse alla giurisdizione del giudice amministrativo vengono esposte ad un ritorno di odori privatistici.

3. Le zone di intreccio col diritto privato.

Sono proprio queste zone di confine il luogo elettivo di eventuale emersione delle azioni delle amministrazioni contro il privato, come se, qua e là, possano attivarsi meccanismi che riconducono in qualche misura alla dinamica, anche processuale, dei rapporti privatistici.

Da lungo tempo nella tradizione francese questo fenomeno è emerso nell'ambito del ricorso di piena giurisdizione, dove entravano in campo vicende contrattuali o attinenti alla responsabilità. Ovviamente ciò presupponeva la competenza del contenzioso amministrativo in quel percorso che conduceva alla enucleazione della categoria dei *contrats administratifs*, distinti dai meri contratti di diritto privato, nel contesto dunque di una pubblicizzazione, che però lasciava evidentemente aperto qualche spazio a logiche processuali privatistiche.

Significativo al riguardo è anche il rapporto col principio della *décision préalable*. La coloritura pubblicistica del modello processuale è sempre stata invero prevalente, tanto che, come ricorda già Laferrière, il suddetto principio vale anche per gli *actes de gestion*, oggetto di piena giurisdizione, e non solo per gli atti *actes de puissance publique*, ma vi erano delle eccezioni, come nel caso delle domande d'indennità per danni causati nei *travaux publics* o dell'estrazione dei materiali^[16]. Possono anche ricordarsi le azioni dell'amministrazione relative alle cd. *contraventions de grande voirie* per danni cagionati dal privato al demanio, risalenti alla legge 29 floréal anno X e ancora contemplate nel diritto vigente (L774-1 ss CJA)^[17].

Non si può qui approfondire una materia alquanto complessa, anche dal punto di vista storico, bastando confermare che nella giustizia amministrativa francese ben possono ravvisarsi svariate azioni dell'amministrazione contro il privato, e anche in via riconvenzionale. Per qualche esempio: azioni di responsabilità dell'amministrazione per i danni causati al Comune dall'impresa incaricata di lavori pubblici (CE 30/10/1964, *Cne Usse*), azioni di condanna del privato ad evacuare il demanio pubblico (CE 4/2/1976, *Elissonde*), azioni di condanna ad un *facere* che l'amministrazione non ha il potere di imporre al contraente o concessionario (CE 13/7/1956 *Office HLM de la Seine*, 30/10/1963, *Sonetra*), azioni riconvenzionali dell'amministrazione contro le pretese di un contraente privato (CAA Paris, VII, 29/12/2017, 16PA01978) o chiamate in garanzia da parte dell'amministrazione per il risarcimento dei danni (CAA Lyon, VI, 26/11/2009, 06LY02008) o ancora azioni di rivalsa nei confronti dei funzionari amministrativi (*action récursoire*), come nel caso di una *faute personnelle* (CE 12/12/2008, n. 296982; già CE 28/07/1951 *Laruelle et Delville*). Anzi, sembra che, nei tempi recenti, persino l'ordinamento francese non sia rimasto del tutto immune alle sirene della "civilizzazione". Se significativa era già l'esistenza di una eccezione risalente per i crediti di origine contrattuale^[18], è andata emergendo una tendenza ad espandere questa eccezione, sino a farvi rientrare un'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale in ragione dell'attitudine dolosa dell'impresa^[19].

A ben vedere, anche il nostro ordinamento, nel corso del XIX sec., si stava muovendo nel solco della medesima tradizione d'oltralpe e non a caso non manca una casistica di azioni dell'amministrazione contro il privato, già prima dell'unificazione, nelle "materie" del contenzioso amministrativo in senso stretto, ove i relativi organi esercitavano una funzione giurisdizionale (Real Patenti 31 dicembre 1842 e Real Editto 29 ottobre 1847): così, ad es., può ravvisarsi una causa promossa dalla Comunità di Monticelli contro dei privati in ordine al fatto che una strada rientri tra quelle comunali (Consiglio d'Intendenza Generale di Salluzzo, sentenza 30 giugno 1846, in *Rivista amministrativa del Regno*, 1850, 115); della Comunità di Giaveno contro degli imprenditori privati in ordine ad un'opera pubblica, se siano tenuti per i danni dipendenti dalla rovina dell'opera medesima (Consiglio d'Intendenza di Torino, sentenza 10 novembre 1849, *ivi*, 1851, 652). Tale possibilità non aveva dunque ostacoli di principio, per quanto ritenuta meno ricorrente rispetto all'azione del privato, rimanendo semmai ferma la necessaria presenza nella lite di una parte pubblica: "non si può neppure concepire contenzioso amministrativo, dove fra le parti contendenti non si trovi l'Amministrazione, e la questione non verta intorno a materia amministrativa, qual è, come il più spesso avviene, il reclamo di un privato che da un atto amministrativo pretendasi leso nei suoi diritti" (R. Camera dei conti, 2 aprile 1859, *ivi*, 1859, 405)[20].

Perché oggi si ha allora la sensazione di una novità, bisognosa di un'apposita disamina?

Quelle zone grigie iniziano a dissolversi a seguito della legge abolitiva del contenzioso del 1865. E' questo il vero *scrimen* che potrebbe giustificare storicamente la progressiva scomparsa nel nostro ordinamento delle azioni dell'amministrazione contro i privati di fronte alla giustizia amministrativa. Se non ottenne alcun apprezzabile risultato sul versante del sindacato sui provvedimenti amministrativi –i quali, prima con la distinzione tra atti di impero e di gestione e poi *mutatis mutandis* con la degradazione dei diritti soggettivi, rimasero sostanzialmente fuori dalla porta dei tribunali-, il modello della giurisdizione unica determinò pur sempre un irrigidimento nella contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, soprattutto nel tentativo di riportare nel proprio alveo fattispecie che, dai tempi della Rivoluzione francese, si riteneva fossero state strappate ai tribunali da parte del contenzioso amministrativo[21].

Non a caso nella nostra tradizione si acuirà la distinzione tra atti unilaterali e bilaterali ai fini qualificatori. Si abbandonerà così la possibile via francese dei *contrats administratifs*, in quanto il contratto è soltanto quello di diritto privato, e specularmente la qualificazione pubblicistica dovrà sempre comportare la presenza di un atto unilaterale, il provvedimento amministrativo. Ed infatti quando, a cavallo tra XIX e XX sec., ritornerà il vento della pubblicizzazione, non sarà sufficiente affermare che un contratto di locazione di un bene pubblico è un contratto di diritto pubblico, ma, più radicalmente, dovrà trasformarsi il titolo del rapporto in un provvedimento concessorio.

Ma proprio questo irrigidimento può far comprendere un ulteriore passaggio. Le zone grigie avrebbero potuto ricostituirsi con l'avvento nel 1923 delle materie di giurisdizione esclusiva, se non fosse che, a ben vedere, attraverso tali norme processuali sulla giurisdizione, non solo, come era inevitabile (similmente ai *contrats administratifs* rimessi al contenzioso amministrativo francese), si finì per avallare una pubblicizzazione sostanziale del rapporto[22], *ma non si lasciò alcuno spazio per significative contaminazioni privatistiche*. L'unica eccezione furono i "diritti patrimoniali conseguenziali", che, appunto per questo, rimanevano però fuori dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si prenda il caso emblematico del pubblico impiego, sulla cui natura giuridica (pubblicistica, privatistica o mista) da decenni si disquisiva: non solo il titolo, ma anche gli atti di gestione del rapporto di lavoro divengono atti “amministrativi”. Il punto di equilibrio con l’origine privatistica, al fine di evitare che il mutamento della qualificazione potesse importare una diminuzione della tutela, ha soltanto bisogno di un piccolo accorgimento, ossia l’invenzione degli atti amministrativi “paritetici”, la cui impugnazione è sottratta al breve termine decadenziale. Niente di più.

In tal modo, la “materia” ha finito per essere attratta nello schema generale dell’esercizio dei poteri pubblicistici, anche se si parli di atti paritetici e diritti soggettivi, e soprattutto, nella prospettiva processuale, in una sostanziale riproduzione del principio della *décision préalable*. Anche per quegli aspetti del rapporto dove poteva risuonare l’origine privatistica, ad es. quelli di natura puramente patrimoniale, l’amministrazione non ha bisogno di rivolgersi ad un giudice, ma adotta una decisione, che verrà eventualmente impugnata dal privato, pur, nel caso di atto paritetico, con quella diversa modulazione del termine. Ancor oggi possiamo trovarne le tracce: l’amministrazione nega taluni emolumenti economici e l’interessato chiede l’annullamento degli atti paritetici, benché si osservi che si tratta di una sostanziale azione di accertamento (Tar Lazio Roma II quater n. 12821/2020).

In altre parole, la giurisdizione esclusiva, per lunghi decenni, non sembra aver dato occasione di fare emergere azioni dell’amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo, in quanto il modello delle controversie pubblicistiche, pur con delle modulazioni, ha costituito la cornice nella quale rigorosamente ambientare, anche in tali zone grigie, i rapporti tra privato, azione amministrativa e processo amministrativo.

Tutto questo fa comprendere come le vicende recenti possano in qualche modo apparire come una novità.

4. Il ritorno delle azioni dell’amministrazione contro il privato: la giurisdizione esclusiva e la responsabilità.

Le premesse per il ritorno delle azioni dell’amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo possono, grosso modo, collocarsi a partire dagli anni novanta del secolo scorso.

Invero, già in precedenza, si era mosso qualcosa di significativo, ma dettato da esigenze pratiche specifiche e non tale ancora da determinare un mutamento di paradigma sul piano sistematico, anche perché non frutto di condivisione tra le giurisdizioni. Si trattò, non a caso, di un’iniziativa della Cassazione in materia di pubblico impiego, che, da un lato, affermò che l’ente pubblico datore di lavoro, per la ripetizione di somme, o non potendo o non volendo avvalersi degli strumenti di attuazione coattivi conferiti dall’ordinamento, è facultato ad esperire i rimedi giurisdizionali ordinari, d’altro lato, che, sussistendo la giurisdizione esclusiva, tali rimedi vanno presentati al giudice amministrativo, ivi compreso il procedimento ingiuntivo (Cass. S.U. n. 1580/1970, n. 6442/1979, n. 8207/1987, n.14215/2002). Posizione invece non condivisa dal Consiglio di Stato, che dichiarerà il proprio difetto di giurisdizione, statuendo altresì che l’amministrazione non può proporre azioni dinanzi al giudice amministrativo (Cons. st. VI n. 991/1987)[23].

La ragione fondamentale per un più deciso ritorno delle azioni dell'amministrazione è, a nostro avviso, da ravvisare nella forte pressione, specie al livello dottrinario, esercitata in vista di una qualche "civilizzazione", più o meno intensa, del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa, cui ha anche concorso il sopravvenire di tematiche nuove, come quella della responsabilità, nel nostro ordinamento tradizionalmente ricondotta all'ambito degli istituti privatistici e alla giurisdizione del giudice ordinario. Tutto questo a partire dall'indimostrato ed errato presupposto che la civilizzazione comporterebbe un rafforzamento della tutela del cittadino^[24], mentre vi sarebbe semmai da temere esattamente il contrario.

Si determina così un evidente salto di qualità sia rispetto a quell'irrigidimento determinato dalla legge del 1865, sia rispetto ad una assorbente colonizzazione pubblicistica delle materie di giurisdizione esclusiva. Non si tratta più e soltanto di utilizzare, qua e là, frammenti di origine privatistica, opportunamente assorbiti, con eventuali modulazioni, nel "sistema" giuspubblicistico. In quella che oggi viene indicata come una "osmosi" tra diritto pubblico e diritto privato (ad es. di recente Cons. st II n. **7237/2020**), l'interferenza dei riferimenti privatistici inizia ad assumere, quantomeno rispetto al passato, una maggiore densità e autonomia: non si ha così remore, per fare un esempio, ad affermare che, nonostante una convenzione di lottizzazione abbia natura pubblicistica, siano applicabili gli istituti privatistici della risoluzione contrattuale (Tar Lazio Roma IIbis n. 13229/2020). Ben inteso: tutto ciò va misurato e circoscritto nella sua effettiva portata, non potendosi in alcun modo accedere a certe vulgate dottrinarie che molto superficialmente ritengono con un tratto di penna di poter cancellare o ridurre al lumicino la contrapposizione tra sistema pubblicistico e sistema privatistico.

Un punto di partenza potrebbe essere ravvisato nella previsione degli "accordi" della legge sul procedimento (artt. 11 e 15 L. n. 241/90), rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tali accordi, da un lato, spezzano la rigida contrapposizione tra atti unilaterali (pubblicistici) e atti bilaterali (privatistici), riaprendo la porta ai contratti di diritto pubblico, d'altro lato, contengono un espresso rinvio al codice civile ("si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili").

Sul finire degli anni novanta si allunga l'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva e si attribuisce al giudice amministrativo il risarcimento dei danni, ampliando così le potenziali zone di confine. La legge n. 205/2000 diviene anche occasione per rivedere più ampiamente la disciplina del processo amministrativo con primi momenti di apparentamento col processo civile.

E' il caso della previsione che introduce il decreto ingiuntivo: "Nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, si applica il capo I del titolo I del libro IV del codice di procedura civile" (art. 8 L. n. 205/2000). In applicazione della legge, si conferma da subito che possa essere anche l'amministrazione ad agire, come si evince ad es. nel caso di un Comune che chiede il decreto ingiuntivo nei confronti di un concessionario (ad es. Tar Lazio Roma II n. 6525/2002), con ciò riprendendo l'orientamento già emerso in Cassazione. Specularmente emerge altresì la possibilità che l'amministrazione non solo si opponga al decreto ingiuntivo chiesto dal privato, e sin qui, come è noto, nella veste, in quanto opponente, di convenuto sostanziale, ma possa altresì, e questa volta nella veste di attore anche sostanziale, unire

all'opposizione una domanda riconvenzionale (ad es. Tar Lazio Roma II n. 8581/2001; Tar Toscana II n. 613/2002).

Si incomincia così a respirare una nuova aria, come testimonia l'avvento di scritti più decisamente aperti all'ingresso di azioni dell'amministrazione. E', ad esempio, il caso della dottrina già citata^[25] che, alla luce del D.lgs. 80/98 (poi dichiarato incostituzionale), guarda all'intero versante delle materie di giurisdizione esclusiva e pone, a tal fine, l'esigenza di una rivisitazione strutturale della disciplina processuale. Emblematico è anche lo scritto di un giudice amministrativo^[26] che si interroga espressamente sulla possibilità di applicare nell'ambito della giurisdizione esclusiva e dei giudizi risarcitori istituti processualciviltistici, ed in particolare la domanda (ed eccezione) riconvenzionale e la chiamata in giudizio del terzo. Non si nega il dubbio sulla "ammissibilità di una domanda che venga proposta dinanzi al giudice amministrativo da una amministrazione contro un privato; e ciò con specifico riferimento alla tradizionale nozione della giustizia amministrativa quale strumento di «tutela nei confronti della pubblica amministrazione» (art. 103 cost.)", ma, significativamente, si afferma che "l'attuale stato di evoluzione della giustizia amministrativa, con attribuzione di giurisdizione esclusiva su «tutte le controversie» relative a materie amplissime (ad es., servizi pubblici ex art. 33, d. lg. n. 80 del 1998) e la trasformazione della nozione di giurisdizione esclusiva quale «giurisdizione piena» sui rapporti, consente, a mio avviso, di superare tale rilievo preliminare".

Non sorprende così che da quel momento prenderanno corpo svariati riscontri giurisprudenziali nel segno di riconoscere in linea generale la possibilità di un'azione dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo. Ma non meno deve sorprendere che vi siano stati anche momenti iniziali di difficoltà o di rigetto di una siffatta prospettiva, come nel caso in cui si è recisamente affermato che la legge n. 205/2000 "non ha modificato affatto la struttura generale del processo amministrativo, che resta - come da tradizione inveterata - un processo ad azione unilaterale" (Tar Lazio Roma I n. 10442/2004).

Limitiamoci a qualche significativa esemplificazione, sino al coinvolgimento dello stesso giudice delle leggi.

In una lite definita nel 2007 (Cons. st. IV n. 6358/2007), un comune chiedeva la risoluzione per inadempimento di una convenzione e il risarcimento dei danni contro una cooperativa nell'ambito di interventi per l'edilizia economica e popolare. Ricondata la fattispecie alla giurisdizione esclusiva in materia di concessioni (art. 5 legge Tar) o anche di accordi di diritto pubblico (art. 11 l. n. 241/1990), il giudice accoglieva l'azione di risoluzione per inadempimento, qualificata ai sensi dell'art. 1454 c.c. e rigettava, nel merito, quella di risarcimento per mancata prova del danno.

In un caso definito nel 2010 (Cons. st. VI n. 20/2010), in materia di appalti, l'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale dell'impresa veniva fronteggiata da una speculare domanda riconvenzionale, tramite ricorso incidentale, dell'amministrazione. La pronuncia affronta direttamente la questione, e dando per scontato, secondo l'unanime giurisprudenza di allora (Cass., sez. un., n. 5084/2008), che la giurisdizione esclusiva in materia di procedimenti di affidamento dei contratti pubblici comprendesse anche la lesione di diritti soggettivi derivanti da atti o comportamenti amministrativi, si chiede se "se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento abbracci pure le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte dalle amministrazioni

pubbliche nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative contrattuali”. Sulla scorta del precedente del 2007 si statuisce che “se la giurisdizione esclusiva abbraccia il rapporto tra p.a. e privato, essa non può essere unidirezionale e perciò riferita esclusivamente alle azioni del privato nei confronti della p.a., ma deve necessariamente essere bidirezionale ed estesa anche alle azioni della p.a. nei confronti del privato, che siano, come nella specie, conseguenza immediata e diretta delle prime”. In tale direzione si metteva in campo anche “il principio di concentrazione delle tutele”, atteso che “diversamente ragionando, una vicenda unitaria, come quella per cui è processo, che postula una cognizione unitaria, verrebbe in modo irrazionale e antieconomico portata alla cognizione di due diversi ordini giurisdizionali, con il rischio di contrastanti giudicati” e si evocava una non nuova giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale, ad eccezione del principio della inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione, “se in una data materia sono proposte due azioni connesse, una rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'altra in astratto rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario, la prima azione attrae anche la seconda alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., sez. un., n. 14805/2009).

Il codice del processo amministrativo del 2010 conferma l'ammissibilità dell'azione riconvenzionale, dedicandovi un'espressa disciplina e risolvendo definitivamente il problema della forma di tale azione, che viene ricondotta allo schema del ricorso incidentale (art. 42 c.p.a.).

Di lì a poco sarà il turno dell'Adunanza plenaria (n. 28/2012), che, oltre ad asseverare la giurisdizione esclusiva su una controversia promossa dall'ente pubblico “concernente l'osservanza degli obblighi assunti dal privato nei confronti dell'ente locale, in connessione con l'assegnazione di aree comprese in un piano di zona, volti alla realizzazione di opere di urbanizzazione ed alla cessione gratuita all'ente delle aree stradali e dei servizi”, avrà modo significativamente di affermare:

-che, in sede di giurisdizione esclusiva, il g.a. “là dove vengano in discussione questioni su diritti, come è per l'appunto nel caso in esame, non può che garantire agli interessati la medesima tutela e, dunque, le medesime specie di azioni riconosciute dinanzi al giudice ordinario”, ritenendo così ammissibile l'azione della stessa amministrazione ai sensi dell'art. 2932 c.c., al fine di garantire il passaggio alla proprietà pubblica delle aree promesse dal privato;

-che non è accoglibile “la tesi secondo cui l'effetto dell'acquisizione delle aree in questione avrebbe potuto essere conseguito dall'amministrazione pubblica utilizzando i propri poteri autoritativi, quale l'acquisizione d'ufficio: a tacer d'altro, è sufficiente al riguardo rilevare che l'eventuale possibilità di esperire poteri amministrativi non rende di per sé inammissibile la proposizione di una domanda giudiziale”.

Questo orientamento non poteva non porre dubbi di costituzionalità, stante, almeno *prima facie*, il tenore letterale dell'art. 103 c. 1 cost.: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela *nei confronti della pubblica amministrazione*”. Ovviamente il punto non riguardava più l'ammissibilità di tale tutela nei confronti di soggetti “equiparati” all'amministrazione, sulla quale vi era stato già l'avallo del giudice delle leggi (C. cost. n. 204/2004), bensì *una tutela esperita dall'amministrazione nei confronti di un privato vero e proprio*.

Anche in tal caso, tuttavia, il giudice delle leggi ha concesso il suo beneplacito:

-“sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni – da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell’interesse pubblico, così come definito dalla legge”;

-“l’ordinamento non conosce materie ‘a giurisdizione frazionata’, in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l’amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo” (C. cost. n. 179/2016).

L’assist del giudice delle leggi viene subito colto dal Consiglio di Stato (III n. 3755/2016), che, a conferma della propria precedente giurisprudenza, ammette l’esperimento da parte dell’amministrazione o, come nel caso di specie, da parte di un organismo di diritto pubblico di un’azione di responsabilità precontrattuale contro il privato per la mancata stipula del contratto.

Significativa è altresì una successiva statuizione dell’Adunanza plenaria (n. 2/2017). Di contro a taluni precedenti, che ammettevano ex art. 2055 c.c. un’azione risarcitoria del privato non solo contro la p.a. ma, in solido, anche nei riguardi del controinteressato (Cons. st. VI n. 115/2012 e n. 529/2012), si pone un limite all’espansione, sotto il profilo soggettivo, della giurisdizione amministrativa, nel senso che essa non può comprendere liti *tra privati*, pur connesse a vicende pubblicistiche. La disciplina costituzionale non impedisce dunque azioni della p.a. contro il privato, ma esige pur sempre che nella controversia sia parte una pubblica amministrazione, evocando in tal senso anche la giurisprudenza della Cassazione che aveva poco prima affermato la giurisdizione del giudice ordinario in ordine ad un’azione risarcitoria avverso il funzionario, sul presupposto appunto che “l’art. 103 Cost. non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una P.A., o soggetti ad essa equiparati” (Cass., sez. un., n. 19677/2016).

Se non liti tra privati, come del resto già affermavano gli antichi organi del contenzioso amministrativo, ancora un volta si assevera, sul piano dei limiti costituzionali, la possibilità di un’azione dell’amministrazione contro un privato. Rimane impregiudicato, in mancanza di una domanda in tal senso, se la p.a. non potesse, di fronte allo stesso giudice amministrativo, esercitare un’azione di regresso nei confronti del controinteressato in ragione del risarcimento dovuto al ricorrente, ma sembrando lasciare intendere che una siffatta azione sarebbe stata ammissibile.

Tale pronuncia è non meno rilevante perché valorizza il giudizio di ottemperanza anche nei confronti del privato ai sensi dell’art. 112, c.1, c.p.a. (“I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e *dalle altre parti*”):

“La norma è coerente con la constatazione che in moltissimi casi l’esecuzione in forma specifica del giudicato richiede, in particolare se si tratta di attuarne gli effetti restitutori e

ripristinatori, oltre all'azione dell'amministrazione, l'ingerenza nella sfera giudica e materiale di soggetti privati, specie nel caso in cui sono stati destinatari di provvedimento favorevoli poi annullati e devono, per effetto del giudicato, adempiere ad obblighi – a ben guardare meramente consequenziali o riflessi – restitutori e ripristinatori.

Escludere in tali casi la giurisdizione amministrativa solo perché vi è il coinvolgimento indiretto (e inevitabile) di soggetti privati vanificherebbe la funzione del giudizio di ottemperanza e, con essa, il valore fondamentale dell'effettività del giudicato (corollario del principio, di rango costituzionale ed europeo, del diritto di azione in giudizio)".

E' vero che l'Adunanza sembra qui fare riferimento a ricorsi dei privati, ma è evidente che, una volta ricondotti gli stessi privati nel novero dei soggetti passivi dell'ottemperanza, si presti il fianco alla possibilità dell'esecuzione di una pronuncia frutto di un'azione dell'amministrazione.

Il cerchio potrebbe così chiudersi: l'amministrazione può agire contro il privato di fronte al giudice amministrativo sia in sede di cognizione, sia in sede di esecuzione, *rectius* di ottemperanza.

Va evidenziato al riguardo che anche nell'ordinamento francese è emersa di recente la possibilità che il giudice amministrativo emetta delle *astreintes* a carico del soggetto privato^[27].

Da ultimo, con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato, muovendosi sulla scorta della citata giurisprudenza, sviluppa con tutta ampiezza l'idea della "bilateralità direzionale delle tutele" (Cons. st., sez. II, n. 8546/2020). Se l'Adunanza plenaria (n. 5/2018) ha esteso la latitudine della responsabilità precontrattuale da comportamento dell'amministrazione, vorrà dire che la stessa azione di fronte al giudice amministrativo potrà essere esperita con la medesima latitudine dall'amministrazione contro il privato. Non solo: alla bilateralità si accompagna l'idea di una qualche specularità del regime giuridico, usata, nel caso di specie, a favore del privato sotto il profilo del requisito soggettivo della responsabilità. Si giunge così più generalmente ad affermare che "merita condivisione" e anzi "in un'accezione ancora più estesa" l'assunto del giudice di prime cure per il quale "al fine di dirimere una controversia che veda quale parte attrice l'Amministrazione, anziché il privato, debbano comunque essere utilizzate le categorie concettuali elaborate dalla giurisprudenza *a parti rovesciate*".

Ovviamente questo orientamento, nell'anfratto della responsabilità, dovrà fronteggiare le diverse propensioni emerse in materia di riparto di giurisdizione nella recente giurisprudenza del giudice della giurisdizione. Qui non si tratta tanto della possibilità che la Cassazione si mostri avversa alla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nei riguardi di un'azione dell'amministrazione contro il privato, sia perché è stata proprio la Cassazione che, come abbiamo visto, ha aperto questa breccia, sia perché il punto è stato affrontato e superato dal giudice delle leggi. La questione attiene ad altro angolo di visuale: stabilire cioè a chi spetti la giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale. E se, a parte la responsabilità da provvedimento illegittimo, la Cassazione, di contro al giudice amministrativo, ritiene che la responsabilità da comportamento della p.a. spetti al giudice ordinario, lo stesso, nella logica del giudice della giurisdizione, non potrà *a fortiori* che affermare per il caso inverso, cioè della responsabilità da comportamento del privato nei confronti della p.a.. In altre parole, l'azione della p.a. per far valere la responsabilità precontrattuale nei confronti del privato dinanzi al

giudice amministrativo sarebbe da escludere non in quanto tale, sulla base cioè di presunti limiti generali che segnerebbero i presupposti soggettivi del processo amministrativo, bensì in quanto, in tale specifico ambito, quello appunto della responsabilità precontrattuale, ci sarebbe la giurisdizione del giudice ordinario[28].

5. Concorso di strumenti pubblicistici e privatistici. Rilievi critici.

Costituisce una questione risalente lo stabilire se, in presenza di strumenti pubblicistici, l'amministrazione possa o meno ricorrere in alternativa a strumenti privatistici. Non si può dire che, in termini di diritto positivo, si sia mai formata al riguardo una regola uniforme, né ci appare che possa considerarsi dirimente la propensione di questi ultimi decenni ad asseverare in termini generali una siffatta alternatività, se non come ulteriore segno, tutto da misurare nei suoi effetti di diritto positivo, degli orientamenti (in sé discutibili) volti a valorizzare il diritto privato.

Ancor oggi ad es. l'amministrazione non potrebbe stipulare un contratto di diritto privato nelle categorie di dipendenti rimaste nell'alveo pubblicistico o non potrebbe dare in uso un bene demaniale tramite un contratto di locazione in luogo di un provvedimento concessorio[29]. Allo stesso tempo, invece, ai fini ad es. dell'acquisizione della proprietà di un immobile, l'amministrazione ancor oggi potrebbe esperire un procedimento pubblicistico di espropriazione, ma potrebbe anche, appunto in alternativa, stipulare un normale contratto di compravendita.

La risposta diviene ancor più complicata non appena si entri nei meandri del rapporto costituito, sia in ordine a momenti modificativi, sia in ordine a momenti esecutivi.

Così, in presenza di titoli privatistici, le vicende del rapporto possono vedere la presenza di poteri pubblicistici che si accompagnano all'ordinario strumentario privatistico (si pensi, ad es., ai poteri di autotutela in materia di contratti pubblici che concorrono con le cause privatistiche di risoluzione) o possono vedere, anche se l'origine dell'obbligo è privatistica, il ricorso a strumenti di esecuzione alternativi a quelli di diritto comune (ad es. le procedure amministrative di riscossione coattiva dei crediti erariali).

Allo stesso tempo, in presenza questa volta di titoli pubblicistici, le vicende del rapporto, anche in sede esecutiva, possono vedere la presenza di rimedi privatistici che si accompagnano all'ordinario strumentario pubblicistico. Addirittura, nel caso della responsabilità, stante la sua qualificazione tradizionale, il rimedio è solo privatistico.

E' proprio in quest'ultimo ambito che può entrare in campo il giudice amministrativo, sempre che abbia giurisdizione, poiché, ogni qual volta la presenza di momenti privatistici conduce alla giurisdizione ordinaria, usciamo fuori dal nostro tema, essendo d'altra parte tradizionalmente scontato che l'amministrazione possa agire contro il privato di fronte al giudice civile.

Due sono dunque i presupposti, a fini del nostro discorso, per l'entrata in campo il giudice amministrativo: l'emersione di istituti privatistici in rapporti di diritto pubblico e la giurisdizione del giudice amministrativo. Nel momento in cui ricorrono tali presupposti, potrebbe farsi avanti la logica processuale privatistica ed aprire così la porta, in via principale o riconvenzionale, alle azioni dell'amministrazione contro il privato.

Il primo presupposto esige che, nell'ambito di fattispecie pubblicistiche, si ritenga possibile l'applicazione di istituti privatistici *in quanto tali*.

Torniamo, per capirci, alle materie di giurisdizione esclusiva. Sin quando i rapporti concernenti tali materie, dove possono prospettarsi zone di confine, sono stati *in toto* assorbiti nel paradigma pubblicistico, non vi è stata ragione alcuna per prospettare azioni dell'amministrazione, ma, nel momento in cui quella tendenza alla "civilizzazione", cui si accennava, ha determinato in qualche misura una riesumazione *tout court*, non più cioè assorbita nel sistema pubblicistico, di istituti privatistici, le cose suonano diversamente.

Si prenda il caso citato del 2007. Siamo certamente nell'ambito di una fattispecie pubblicistica, e pur tuttavia si ritiene di poter applicare la risoluzione per inadempimento della convenzione ai sensi dell'art. 1454 c.c., sicché non si ha remore ad ammettere che la relativa azione possa essere esercitata anche dall'amministrazione.

E ancora, la nuova arrivata, la responsabilità, per come discutibilmente intesa ancor oggi, ha natura privatistica. Così, nel caso citato del 2010, non si ha remore ad ammettere, nel caso di specie in via riconvenzionale, che la relativa azione possa essere esercitata anche dall'amministrazione. Ovviamente la reciprocità tra privato e amministrazione potrà darsi riguardo alla responsabilità da comportamento, non anche per quella da provvedimento, poiché, come si è detto, il privato non adotta atti amministrativi.

Il secondo presupposto esige che, anche per tali aspetti, si ritenga sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo. Ove invece si neghi tale giurisdizione, come potrebbe essere riguardo all'attuale *querelle* in materia di responsabilità da comportamento, il nostro problema, come dicevamo, cade in radice, rientrandosi nel solco tradizionale di un'azione dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice ordinario.

Resta da chiedersi se, di fronte al giudice amministrativo, l'apertura ai rimedi privatistici nei rapporti di diritto pubblico, o, più esattamente, a rimedi privatistici che rimangono tali, e che proprio per questo inducono alla reciprocità delle azioni, sia la soluzione preferibile. A nostro avviso, deve darsi una risposta negativa sia per l'interesse pubblico, sia per i rapporti tra amministrazione e giustizia amministrativa, sia soprattutto per lo stesso interesse del cittadino, cui deve darsi primaria attenzione.

L'intermediazione giurisdizionale costituisce un sicuro fattore di rallentamento dell'azione amministrativa e potrebbe comportare un'alterazione dei tradizionali e delicati equilibri tra giustizia e amministrazione dagli esiti imprevedibili.

Ma andiamo, per quel che più importa, al cittadino. Potrebbe sembrare più vantaggioso che le pretese dell'amministrazione si colorino di venature privatistiche e passino per l'intermediazione giurisdizionale. A ben vedere vi è proprio da pensare il contrario.

Anzitutto, non ci stancheremo mai di ricordare che la qualificazione privatistica e la tanto vantata condizione di paritarietà determinano una caduta della tutela, poiché il regime privatistico non consente di sottoporre l'atto dell'amministrazione agli stringenti canoni della legalità pubblicistica. L'aggettivo "paritario" è tanto suggestivo quanto travicante, poiché ciò che conta è appunto il regime giuridico: vero è invece che la propensione a qualificare un atto come autoritativo (di per sé pura fantasia ontologica dei giuristi) o più semplicemente

come atto di diritto pubblico non è segno di autoritarismo, bensì è l'astuzia che consente di sottoporre l'amministrazione al (di gran lunga) più garantista regime di diritto pubblico. Il sistema giuspubblicistico costituisce invero un gigantesco diritto diseguale, sostanziale e processuale, volto a compensare la diseguaglianza di fatto che intercorre tra l'amministrazione e il cittadino.

Si potrebbe ancora opporre l'argomento della intermediazione giurisdizionale. Qui soccorrono già i motivi della dottrina francese a favore del principio della *décision préalable*: il cittadino potrebbe ottenere un risultato dall'amministrazione, evitando il processo; la vicenda che porta alla previa decisione amministrativa delimita i contenuti della lite, non solo facilitando il compito del giudice^[30], ma anche, a nostro avviso, evitando che il cittadino si ritrovi un reazione processuale soverchiante dell'amministrazione a tutto campo. Non dissimile è del resto la *ratio* garantista che ha condotto tradizionalmente ad affermare il divieto di integrazione processuale della motivazione.

Nell'insieme il punto è questo: è molto più facile per un cittadino contrastare, e con la stringente legalità pubblicistica, una decisione dell'amministrazione che incorpori l'*affaire*, quale che ne sia il suo contenuto, e senza pericolo di un allargamento del contenzioso, che difendersi direttamente in un giudizio dove amministrazione e cittadino lottano ad armi pari, con la logica sostanziale e processuale del diritto privato.

In questo, ci piace evocare una pregevole pronuncia del giudice amministrativo, le cui massime andrebbero valorizzate e che merita dunque di essere ampiamente rievocata:

“la pubblica amministrazione ha la possibilità di valersi, da un lato, di strumenti specifici attribuiti in virtù della potestà pubblica, e dall'altro, degli stessi sistemi di tutela del privato, che transitano necessariamente attraverso la verifica giurisdizionale della pretesa. E' necessario quindi procedere ad una valutazione del rapporto esistente tra le due opzioni operative, verificando quali siano i limiti di fungibilità tra le diverse procedure e se le eventuali diversità riverberino sul potere cognitivo del giudice adito.

Rileva la Sezione che non possa sostenersi una generale alternatività dei mezzi a disposizione della pubblica amministrazione.

In primo luogo, occorre evidenziare in generale la maggiore incisività dello scrutinio del giudice amministrativo nei casi di esercizio del potere, rispetto ai rapporti connotati da profili di pariteticità, quanto meno sotto il profilo della valutazione dell'effettiva funzionalizzazione dell'attività, che implica, tra l'altro, anche la considerazione dei motivi che spingono l'azione della Pubblica amministrazione. Il che permette di ritenere che l'eventuale preferenza per il modulo di tutela contro l'attività autoritativa risponda anche ad esigenze di tutela di maggiore incisività. La funzionalizzazione dell'attività pubblica permette la valorizzazione dei motivi del comportamento della Pubblica amministrazione ed il sindacato esterno sulla globalità dell'intervento, con uno schema di maggiore penetrazione nelle dinamiche decisionali dell'ente pubblico, venendo quindi a svolgere un compito che non necessariamente importa una diminuzione di tutela del privato. L'eventuale attribuzione di un doppio ordine di garanzie in favore della pubblica amministrazione, la quale potrebbe avvalersi dell'uno o dell'altro sistema in base ad una propria arbitraria decisione, non aumenterebbe quindi le garanzie del soggetto amministrato ma le diminuirebbe, permettendo alla parte pubblica di scegliere il modulo in relazione alla propria convenienza ed evitando eventualmente profili

di illegittimità o, come potrebbero emergere nel caso, di decadenza connessi al canale pubblicistico.

In secondo luogo, va considerato il valore cogente della normativa. In particolare, va sottolineato come, ove il legislatore abbia esplicitamente previsto l'utilizzo di un determinato procedimento, evidenziandone le garanzie connaturate, l'impiego di strumenti alternativi determini la messa in ombra della scelta medesima... L'attribuzione di un determinato potere alla parte pubblica e la contemporanea attribuzione di correlative posizioni soggettive ai privati non è senza esito, ma ne impone l'utilizzo in quanto, opinando diversamente, si renderebbe vana la predisposizione del modulo procedimentale da parte del legislatore.

Dalla serie di motivi sopra tratteggiati, emerge come non possa essere consentito alla pubblica amministrazione, in presenza di un potere pubblicistico, di agire anche ed indifferentemente alla stregua dell'operatore di diritto privato, quando ciò possa portare all'elisione di ulteriori garanzie procedurali e pubblicistiche. In questo senso, la presenza di una potestà per il raggiungimento di un determinato risultato impone alla parte pubblica l'utilizzo del modulo autoritativo attribuito e renda impossibile il ricorso alle ordinarie facoltà riservate ai privati". (Cons. st. IV n. 2618/2011)[31].

Ben vengano dunque a tutto campo, *de iure condito* o *de iure condendo*, le qualificazioni pubblicistiche, la non alternatività degli strumenti privatistici, il principio della *décision préalable* e l'estromissione, nella giustizia amministrativa, dell'uso di istituti privatistici *in quanto tali*.

6. La subdola parità di fronte al giudice amministrativo. Rilievi critici.

Se l'ingresso di una logica privatistica determina una caduta della tutela del cittadino, cui viene così sottratto il ben più potente armamentario pubblicistico, non va sottovalutato un altro, e per certi versi, più sottile pericolo, e cioè che quel potente armamentario venga rivolto contro il cittadino.

In altre parole, nel primo caso, il cittadino si ritrova gli spuntati rimedi privatistici, nel secondo caso, si ritrova, con autentico capovolgimento, a subire i penetranti rimedi pubblicistici.

L'argomento non può essere qui approfondito poiché significherebbe parlare di tutto il processo, ma è sufficiente qualche domanda esemplificativa.

Possiamo pensare che il metodo acquisitivo dell'istruttoria processuale, nato per compensare la posizione di debolezza del privato, possa pienamente spiegarsi a tutto campo nei confronti di quest'ultimo, parimenti a come trova tradizionale applicazione nei confronti dell'amministrazione?

Possiamo pensare che il primato della tutela in forma specifica, che informa la giustizia amministrativa, e l'effetto conformativo, che di quel primato è espressione, possano altresì rivolgersi contro il privato?

Possiamo pensare che il penetrante strumento dell'ottemperanza, che ancora di quel primato costituisce corollario in sede di esecuzione, possa essere utilizzato contro il privato, magari con la nomina di un commissario ad acta che al privato si sostituisca?

Questi interrogativi dovrebbero già far comprendere come ci vorrebbe un'estrema prudenza nell'avallare generici proclami di "parità" tra le parti nel processo amministrativo, se non si vuole far diventare questo straordinario sistema di giustizia sorto a tutela del cittadino un autentico Giano bifronte al servizio della pubblica amministrazione.

7. Il caso della pronuncia in commento.

Il caso oggetto della pronuncia in commento si ricollega a quanto appena osservato, sebbene in un'ambientazione privatistica, dato che è in questa l'ambientazione che la giurisprudenza continua (discutibilmente) a collocare il tema della responsabilità nei rapporti di diritto pubblico.

Nella tradizione la responsabilità dell'amministrazione è sempre stata oggetto di un regime più rigoroso, risolvendosi l'illegittimità in una *culpa in re ipsa*: anzi è proprio questa la ragione che la risalente dottrina, da Vacchelli a Romano o a Cammeo, accampava per giustificare la necessità di addivenire ad una responsabilità di diritto pubblico, affrancata dal paradigma privatistico. Come è noto, oggi, a parte i vincoli del diritto UE, a correzione della infausta riesumazione della colpa da parte della Cassazione (n. 500/1999), la giurisprudenza amministrativa è attestata attorno all'idea di una presunzione relativa.

Il giudice ci dice, come si è visto, che "merita condivisione" e anzi "in un'accezione ancora più estesa" l'assunto del giudice di prime cure per il quale "al fine di dirimere una controversia che veda quale parte attrice l'Amministrazione, anziché il privato, debbano comunque essere utilizzate le categorie concettuali elaborate dalla giurisprudenza *a parti rovesciate*". E con ciò si giustifica che anche la responsabilità precontrattuale del privato esiga l'accertamento del profilo soggettivo.

Pur salvifico, negli esiti, per il privato, è l'approccio che tuttavia non convince.

Verrebbe subito da dire che è del tutto normale che occorra il profilo soggettivo per la responsabilità del privato, e secondo i criteri ordinari, mentre è del tutto normale che invece tale profilo sia sottoposto ad un regime più rigoroso riguardo all'amministrazione. Ci appare dunque alquanto incongruo che, a "parti rovesciate", il modello utilizzato per l'amministrazione venga utilizzato come parametro di quello utilizzato per il privato.

Si vuole forse che il modello più rigoroso utilizzato per l'amministrazione valga anche per il privato, ossia una parificazione in *peius* per quest'ultimo?

Né affatto ci tranquillizza questa facilità con la quale si prospetta potenzialmente un ricorso in termini di generalità a siffatto schema delle "parti invertite" ("in un'accezione ancora più estesa").

8. Conclusioni.

Anche questa nuova tematica delle azioni dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo costituisce l'ennesima dimostrazione dei danni che possono arrecare al sistema della giustizia amministrativa e soprattutto alla tutela del cittadino le ventate "civilizzanti" di questi ultimi decenni.

E' bene invece che la "logica" del diritto privato rimanga fuori dal processo amministrativo e che non si vada mai al di là, secondo tradizione, dell'utilizzo occasionale di questo o quell'altro istituto o frammento normativo, ben inteso, non in quanto tale e con la logica segnata dal sistema di provenienza, ma sempre attraverso una rimodulazione interna all'ordito giuspubblicistico.

Forse a tal fine sarebbe alquanto opportuno rivalorizzare l'origine amministrativa del reclutamento dei consiglieri di Stato, mentre quello attuale sembra invece pendere oltre misura a favore di soggetti provenienti dalla giurisdizione ordinaria, con una qualche inevitabile propensione ad un inquinamento privatistico della giustizia amministrativa.

[1] Più latamente, può anche evocarsi il giudizio di responsabilità amministrativa. Per quanto rimesso all'azione della procura contabile, è comunque significativo che la giurisprudenza contabile ammetta un qualche spazio d'iniziativa processuale dell'amministrazione: "l'Ente che si presume danneggiato (può) partecipare alla definizione della vertenza, che lo vede indubbiamente interessato, nella forma dell'intervento adesivo dipendente *ad adiuvandum*, col quale l'Ente stesso non fa valere un diverso autonomo diritto e nemmeno uno dipendente da quello oggetto del giudizio in corso, ma si limita a sostenere le ragioni del requirente contabile, avendone un evidente interesse" (C. conti, Sezioni Riunite n. 1/2003; da ult. C. conti d'appello, sez. III, n. 86/2020).

[2] M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss.

[3] E. Follieri, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie i cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 635-6.

[4] Ma già nella giurisprudenza francese, oltre al caso in cui il concessionario eserciti un potere autoritativo, T.C 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot*, dove un contratto tra un concessionario privato e un'impresa privata è considerato un contratto amministrativo, in quanto concluso dal concessionario per conto dello Stato (cd. eccezione dell'azione *pour le compte de*), vedi CE, 10 mars 1971, *Maurin*, n. 76482; CE, 3 juin 2009, *Sté Aéroports de Paris*, n. 323594. Più di recente è emersa tuttavia una tendenza a restringere la portata di tale eccezione, facendo salva una qualificazione privatistica del rapporto contrattuale: TC, 9 juill. 2012, *Cie générale des eaux*, n. 3834, TC, 16 juin 2014, *Sté d'exploitation de la Tour Eiffel* n. 3944.

[5] E. Follieri, *op. cit.*, 638, riguardo al controinteressato, e 644: l'organo indiretto "è resistente in quanto, nell'espletamento dell'attività diretta a scegliere il contraente, è parte «pubblica». Si tratta, dunque, di una apparente eccezione al principio che parte resistente debba essere un soggetto pubblico".

[6] R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2011, 351; già CE 30 maggio 1913 *Préfet de l'Eure*.

[7] "La giurisdizione non può essere adita che per via di ricorso formato contro una decisione, e questo, nei due mesi a partire dalla notificazione o dalla pubblicazione della decisione attaccata.

Allorché la domanda tende al pagamento di una somma di danaro, essa non è ricevibile se non a seguito dell'intervento della decisione presa dall'amministrazione su una domanda preventivamente presentata" (R421-1 CJA). Persino la tradizionale eccezione dei lavori pubblici è stata di recente rimossa dal legislatore.

[8] M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, *Dir. proc. amm.*, 2018, 67 ss.

[9] Si tratta infatti di un processo che non può riguardare liti tra privati, ma che ha per oggetto l'impugnazione di un atto amministrativo, sicché non sono ammesse azioni dell'amministrazioni né in via diretta, né in via riconvenzionale: vedi, con i relativi riferimenti giurisprudenziali, F. Tesaurò, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2017, 58 ss..

[10] Nel sistema francese già CE, Ass., 1er juin 1956, *villes de Nîmes c/ Pabion*: l'amministrazione "non può formare un ricorso contro sé stessa" in via riconvenzionale.

[11] Da ultimo, invero, R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2017, ha sostenuto che, in conseguenza della riforma Madia, "la previsione di un termine perentorio per illegittimo esercizio di un potere di annullamento d'ufficio potrebbe produrre l'effetto di ampliare il perimetro di esperibilità del ricorso incidentale da parte delle amministrazioni resistenti in giudizio". Una siffatta e innovativa prospettazione non sembra però avere riscontri giurisprudenziali e il cui avvento, a nostro avviso, non è nemmeno augurabile, sulla scorta delle perplessità già evidenziate da M. Del Signore, *L' amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020, 38: "Si tratta di comprendere se così ricostruito il ricorso incidentale non finisca per rappresentare un'ipotesi di abuso di diritto. La scelta del legislatore di precludere all'amministrazione di intervenire su atti ampliati oltre un certo limite temporale, e la conseguente valutazione in favore della necessità di una tutela privilegiata dell'affidamento del cittadino, verrebbe infatti stravolta attraverso l'espedito del ricorso incidentale".

[12] E. Follieri, *op. cit.*, 638: "del tutto non necessario ed inutile è il ricorso al giudice da parte della pubblica amministrazione che, attraverso l'esercizio dei poteri autoritativi, si impone ai destinatari della sua azione, con atti esecutivi ed esecutori, regolando il rapporto".

[13] Da ult., CE 24 février 2016, n° 395194, *département de L'Eure*: "è irricevibile la domanda di una collettività pubblica al giudice amministrativo perché pronunci una misura ch'essa ha il potere di prendere. In particolare, le collettività territoriali, che possono emettere *titres exécutoires* nei confronti dei loro debitori, non possono adire direttamente il giudice amministrativo con una domanda tendente al recupero del loro credito".

[14] F. Saitta, *Articolo 21 ter*, in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 445

[15] Vedi al riguardo l'approfondita panoramica di G. Grüner, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, il quale peraltro ben evidenzia come il tentativo di scimmiettare l'ordinamento inglese fosse anacronistico, poiché anche in quell'ordinamento con l'avanzare del diritto amministrativo l'esecutorietà si era da tempo incardinata.

La giurisprudenza continua tutt'oggi a parlare di un "principio" di esecutorietà, trovando anche argomento nel combinato disposto degli artt. 2, comma 1, e 21-quater della stessa legge: "al dovere di concludere il procedimento, previsto dall'art.2, comma 1, l. n.241/1990, si accompagna l'art. 21-quater della legge medesima, il quale dispone che 'i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente', sicché l'applicazione congiunta delle due disposizioni configura, in esplicazione del principio di esecutorietà dei provvedimenti amministrativi – ossia, della loro idoneità ad essere eseguiti, direttamente e coattivamente, dall'amministrazione senza necessità di precostituire un titolo esecutivo giudiziale – un poterdovere dell'amministrazione di portare ad effettiva attuazione i propri provvedimenti emessi al termine del procedimento." (Cons. st., sez. VI, n. 2565/2013). V. di recente *ex multis* Tar Calabria Catanzaro, sez. II, n. 1500/2020; Tar Campania Napoli, sez. VIII, n. 4515/2019; Tar Puglia Lecce, sez. I, n. 1837/2019; Tar Sicilia Palermo, sez. II, n. 1029/2019.

[16] Già E. Laffèrère, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887, I, 414 : "Bisogna guardarsi da una assimilazione troppo stretta tra il diritto privato e il diritto amministrativo. In diritto privato, una parte può sempre citare direttamente il suo avversario davanti ad un giudice al quale espone la propria pretesa... In diritto amministrativo, al contrario, la parte non può, in generale, citare direttamente in giudizio un'amministrazione pubblica dinanzi la giurisdizione amministrativa per fare giudicare de plano le sue pretese; egli non può che deferire gli atti, le decisioni dell'amministrazione che pretende contrari ai suoi diritti. Questi atti o decisioni sono in qualche sorta la materia prima del dibattito contenzioso, se non esistono, bisogna che la parte li provochi al fine di poterli denunciare al giudice .. il Conseil d'État è il giudice degli *actes de gestion* e degli *actes de puissance publique* emanati da l'amministrazione tutte le volte che un altro giudice non ha ricevuto la missione di conoscerne".

In nota precisa: "Questa regola soffre eccezione in certe contestazioni sottoposte ai consigli di prefettura, che possono farsene carico de plano senza che una *décision administrative préalable* sia necessaria per la ricevibilità dell'azione (per esempio, le domande d'indennità per danni causati dai lavori pubblici; per l'estrazione dei materiali, etc.). Ma queste sono delle eccezioni che confermano la regola".

In sede di ricostruzione storica del ricorso di piena giurisdizione di fronte al *Conseil d'Etat*, lo ricorda anche S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 129: "almeno nella materia contrattuale, la giurisdizione amministrativa

opera nei due sensi, sia per un privato che proponga azione contro l'amministrazione, sia per l'amministrazione che proponga azione contro un privato”.

[17] Di recente, sembra riportare più ad una ragione “tecnica” che processuale l'origine di queste eccezioni, ovvero sia alla necessità, stabilita dalla legge, di rivolgersi ad un organo consultivo composto da ingegneri e capace di determinare il danno, J. Ziller, *Verwaltungsgerichtsbarkeit: Frankreich*, in A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón and PM Huber (eds), *Ius Publicum Europaeum*, Band VIII. Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, 2nd edn (Heidelberg, CF Müller), p. 205: “Con la legge del 28 Pluviôse dell'anno VIII (17 febbraio 1800), che ha portato alla riforma territoriale e amministrativa napoleonica (*loi concernant la division du territoire de la République et l'administration*), sono stati anche istituiti i *Conseils de préfecture*. In linea di principio, i ministri rimanevano giudici ordinari di primo grado (*juges de droit commun de premier ressort*) ma solo in modo residuale, perché gran parte delle controversie amministrative era in realtà assegnata a questi organi collegiali consultivi separati dalla cosiddetta amministrazione attiva, ossia dagli organi con poteri decisionali.

Questa legge del 28 Pluviôse dell'anno VIII conferiva ai *Conseils de préfecture*, composti da ingegneri e amministratori, giurisdizione in materia di edilizia pubblica e ingegneria civile (*travaux publics*), imposte dirette e vendita di proprietà demaniale, e una legge del 29 Floréal dell'anno X (19 maggio 1802) le cosiddette *contraventions de voirie* (sanzioni amministrative per danni al demanio). Il CE era l'organo di appello sia per le decisioni dei ministri che per quelle dei *Conseils de préfecture*. Va notato che questo riparto della giurisdizione ha portato allo sviluppo di competenze legali e tecniche in materia di responsabilità nei *Conseils de préfecture* e nel CE, poiché essi dovevano risarcire i danni arrecati da privati al demanio, così come soprattutto i danni subiti da privati a causa di opere di ingegneria civile o a causa dello stato di strade, ponti ed edifici demaniali. Questo spiega perché fu facile per il *Tribunal des Conflits* nel caso *Blanco* nel 1873 affidare alla magistratura amministrativa la giurisdizione in materia di responsabilità pubblica”.

[18] Già CE 30 mai 1913 *Préfet de l'Eure*. Vedi le conclusioni di Luc Derepas nel caso *Cne de Lattes* del 2007 (2 juillet 2007, n° 294393): “la volontà di limitare il carattere unilaterale dell'azione amministrativa e la preoccupazione di lasciare ai meccanismi contrattuali tutto il loro spazio, compreso ciò che concerne il ruolo del giudice del contratto, vi ha portato a riconoscere la possibilità per l'amministrazione, parallelamente alla *procédure de l'état exécutoire*, di domandare a questo giudice di condannare il cocontrattante a pagare le somme che deve in applicazione della clausole contrattuali”.

[19] CE 24 février 2016, n° 395194, *département de L'Eure*, cit... Vedi anche le conclusioni di M. Gilles Pellissier che dà conto della progressiva espansione della evocata eccezione.

Non vanno inoltre dimenticate le espresse previsioni codicistiche che consentono di adire il *juge des référés* (R. 541-1 e R532-1 CJA).

[20] Già Consiglio d'Intendenza Generale di Alessandria, sentenza 6 marzo 1845, *ivi*, 1850, 127, riguardante opere praticate da un privato col mezzo di alzamento di diga in un fiume regale a danno di un terzo: “la contestazione si ridurrebbe tra privato e privato per interesse meramente privato, senza che siavi interessato quello del pubblico, per cui ne verrebbe che il tribunale amministrativo non potrebbe giudicare la controversia in così fatto modo stabilita, perché eccederebbe la sfera della sua competenza”. Tuttavia, non era un limite assoluto, come mostra l'articolo 22, n. 8 delle regie patenti 31 di cembre 1840, giusta il quale furono attribuite alla cognizione dei Consigli d'intendenza le controversie relative ai danni cagionati a terzi dal fatto degli imprenditori nell'eseguimento dei lavori pubblici dalle amministrazioni ordinanti, pur precisando Consiglio d'Intendenza Generale di Casale, sentenza 16 aprile 1845, *ivi*, 1850, 279, che doveva trattarsi di controversia insorta per danni provenienti da lavori “in attuale esecuzione”, e non quelli già “condotti a fine e collaudati”.

[21] Basti ricordare quanto affermato da Silvio Spaventa nel famoso discorso di Bergamo del 7 maggio 1880, in ciò che Egli riteneva di positivo nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo: “abolire quell'istituto, nei termini in cui si trovava costituito poiché l'usurpazione mostruosa, che gli era stata permessa, di giudicare anche sopra controversie di puro privato diritto, - *inter privator et firum* - non era più tollerabile, anche se ai suoi giudici fosse stata data l'indipendenza e le garentie di procedimento concesse e prescritte ai giudici ordinari”.

Non a caso, nelle riforme della seconda metà del XIX, si è visto recidere quel nesso tra obbligazioni e atti amministrativi presente sin dalle origini del contenzioso amministrativo: F. Merusi, *Dal 1865 ... e ritorno ... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671.

[22] Puntualmente E. Follieri, *op. cit.*, 648, “È ... accaduto che l'attribuzione delle materie in via esclusiva al giudice amministrativo, ha determinato una «pubblicizzazione» dei rapporti attraverso l'applicazione dei principi relativi all'azione autoritativa anche nel caso dei diritti soggettivi obblighi”. Vedi su questi sviluppi della giurisdizione esclusiva, M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 88ss..

[23] La vicenda è ben riportata da E. Follieri, *op. cit.*, 649.

[24] E' all'insegna di una siffatta discutibile vulgata che si basa, non a caso, tutto un impegno monografico per valorizzare la domanda riconvenzionale, A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

[25] E. Follieri, *op. cit.*, 650 ss..

[26] S. Veneziano, *Ampliamento dell'oggetto del giudizio "amministrativo" risarcitorio: domanda riconvenzionale e chiamata in giudizio del terzo*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3081 ss..

Di lì a poco verrà pubblicata una prima monografia sulla domanda riconvenzionale: A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

[27] Vedi G. Eveillard, *Le juge administratif et les astreintes prononcées contre les personnes privées*, comm. CE, 5 févr. 2014, n° 364561, in *Droit Administratif*, 2015, 36 ss..

[28] Per una critica alla tendenza della Cassazione ad intromettersi in materia di responsabilità derivante da rapporti di diritto pubblico, M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011. Da ult., su queste tematiche, G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (Nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, e M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, entrambi in *questa Rivista*, 2020.

[29] *Ex multis* Cass. s.u. n. 6019/2016: «costituisce principio pacifico e risalente nella giurisprudenza di legittimità che l'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile ... può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene solo mediante concessione amministrativa».

[30] R. Chapus, *op. cit.*, 478.

[31] In senso contrario, Cons. st. IV, n. 2833/2015; Ad. pl. n. 28/2012 cit.. Anche M. L. Guida, *L'esecuzione coattiva delle pretese amministrative*, in *Federalismi*, 2017, 6, ritiene che "il criterio dell'alternatività degli strumenti di tutela (e quindi dell'inesistenza di un obbligo di agire in autotutela e della facoltà di avvalersi anche degli strumenti di tutela giurisdizionale ordinari) appare tuttavia il più affidabile".

Ma già E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 123: "In virtù del principio dell'esecutorietà, l'autorità amministrativa di solito non promuove giudizi, ma si avvale del potere di autotutela. Pure può accadere che preferisca rendersi attrice, sia perché voglia realizzare l'effetto pratico ripromessosi assistita dalla particolare autorità della cosa giudicata, sia perché l'effetto non sia conseguibile con l'esecutorietà, sia ancora perché questa nella specie manchi".

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1589 - 1 marzo 2021

L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo (nota a Cons. st., sez. II, n. 8546/2020)?

di Marco Mazzamuto

Sommario: 1. Premessa. – 2. I limiti tradizionali nelle classiche controversie di diritto pubblico. – 3. Le zone di intreccio col diritto privato. – 4. Il ritorno delle azioni dell'amministrazione contro il privato: la giurisdizione esclusiva e la responsabilità. – 5. Concorso di strumenti pubblicistici e privatistici. Rilievi critici. – 6. La subdola parità di fronte al giudice amministrativo. Rilievi critici. 7. Il caso della pronuncia in commento. 8. Conclusioni.

1. Premessa.

Una recente pronuncia (Cons. st., sez. II, n. 8546/2020) costituisce l'occasione per fronteggiare un tema tradizionalmente poco approfondito, ma che è andato emergendo in modo significativo in questi ultimi venti anni: la ricorrenza di azioni della pubblica amministrazione contro un privato innanzi al giudice amministrativo.

Nulla impedisce in linea di principio che l'amministrazione possa promuovere un giudizio contro un privato, così come nulla impedisce in linea di principio che l'amministrazione possa presentare un ricorso al giudice amministrativo. E' sufficiente ricordare, nel primo caso, l'instaurazione di un giudizio civile^[1], e, nel secondo caso, l'impugnazione, in via principale o in via incidentale, di un atto di altra amministrazione^[2].

Ciò che si presenta oggi è tuttavia quella che sembrerebbe un'inusuale combinazione, ovvero sia che l'amministrazione agisca contro un privato, questa volta, non di fronte al giudice ordinario, bensì di fronte al giudice amministrativo, mentre il ricorso a quest'ultimo

tradizionalmente ha sempre sembrato presupporre che la parte resistente fosse una pubblica amministrazione, tanto è vero che, ancora alla fine del secolo scorso, si ricordava che “la dottrina ... la ritiene un'affermazione scontata e ciò, sia se si controverta in sede di giurisdizione generale di legittimità, sia in sede di giurisdizione esclusiva”, riconoscendo che in effetti “tutto il processo è organizzato intorno alla figura dell'amministrazione, parte resistente”[3]. Anche negli odierni manuali di questo ordine di problemi si continua ad avere ben poca traccia.

Non sarebbe però corretto affermare che siffatta inusuale combinazione costituisca un'assoluta novità. Nella storia del contenzioso amministrativo, come vedremo, se ne possono trovare riscontri, sia con riferimento alla tradizione francese, sia con riferimento alle vicende del nostro ordinamento.

2. I limiti tradizionali nelle classiche controversie di diritto pubblico.

Se si guarda alle classiche controversie pubblicistiche, che involgono cioè l'impugnazione di atti amministrativi, non è difficile comprendere perché non si trovino azioni dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo.

In primo luogo, a parte di recente l'organo indiretto, a mente di una famosa pronuncia (Cass. s.u. n. 12221/1990), o più ampiamente i soggetti “equiparati” alla p.a.[4], dove il privato viene comunque rivestito di una coloritura pubblica, e a parte il controinteressato che non può in effetti considerarsi in senso stretto un resistente[5], il privato vero e proprio, che mantiene cioè integra tale sua qualità, non adotta atti amministrativi, sicché manca l'oggetto contro il quale rivolgere il ricorso. Per tale ragione non si può dunque dare il caso di un ente pubblico che impugni un atto amministrativo del privato, così come invece sarebbe possibile nei confronti di un atto amministrativo adottato da un'altra amministrazione.

In secondo luogo, l'amministrazione, per far valere una pretesa pubblicistica nei confronti del privato, non deve agire contro quest'ultimo passando per l'intermediazione del giudice amministrativo, ma esercita direttamente i poteri che le conferisce l'ordinamento.

Così, se intende adottare un provvedimento sfavorevole al privato, a seguito di un procedimento d'ufficio o ad istanza di parte, l'amministrazione non deve prima chiedere al giudice amministrativo di accertare la sussistenza dei relativi presupposti, bensì adotta *motu proprio* il provvedimento.

Anzi nella logica del sistema, l'amministrazione non solo non deve, ma anche *non può* adire il giudice amministrativo, poiché è ad essa che l'ordinamento attribuisce, quantomeno in prima battuta, la responsabilità di provvedere. Così non meno nella tradizione francese, ove “le autorità amministrative hanno l'obbligo di esercitare i poteri di cui sono investite”, sicché un loro ricorso al giudice amministrativo sarebbe irricevibile[6].

Sul piano processuale ciò è ben rappresentato dal principio, sempre di origine francese, della cd. *décision préalable*, che si atteggia appunto a condizione di ricevibilità del ricorso, e che, tra i cugini d'oltralpe, continua a mantenere tutto il suo vigore, coinvolgendo anche le azioni di responsabilità o volte comunque ad ottenere il pagamento di una somma di danaro[7]. Anche nel nostro ordinamento, ciò trova da ultimo conferma, se mai ve ne fosse stato bisogno, nell'art. 34, comma 2, c.p.a. “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a

poteri amministrativi non ancora esercitati”[8]. Un analogo modello possiamo tutt’oggi ritrovare nella giustizia tributaria, pur sempre figlia della tradizione del contenzioso amministrativo[9].

Il principio della *décision préalable* è normalmente evocato con riguardo al ricorso del privato, ma, a ben vedere, *esso deve non meno riferirsi all’amministrazione*, costituendo il naturale corollario della suddetta responsabilità: non solo il privato, ma neanche l’amministrazione può presentare previamente un ricorso al giudice amministrativo in ordine all’esercizio dei poteri che le competono.

E’ vero che può ravvisarsi una deroga nel caso del silenzio, almeno da quando nel nostro ordinamento quest’ultimo è stato inteso, sviando dalla tradizione francese sin lì seguita, come silenzio-inadempimento e non più come diniego tacito, nonché da ultimo, ma a certe condizioni, nella sopravvenuta possibilità di accertare la “fondatezza della pretesa” (art. 31, comma 3, c.p.a.). Deve tuttavia ritenersi che siffatte deroghe, che comunque confermano il principio, possano valere soltanto in caso di ricorso del privato, *mentre il principio dovrebbe mantenere del tutto integra la sua portata interdittiva riguardo ad un’azione dell’amministrazione*.

L’amministrazione non può dunque chiedere un accertamento su un potere non ancora esercitato né in via di azione, né in via di reazione ad un ricorso presentato dal privato.

I poteri pubblicistici non si fermano al primo provvedere e ciò refluisce nuovamente nella prospettiva processuale.

Se intende annullare d’ufficio un proprio provvedimento, l’amministrazione non deve, ma anche *non può* chiedere previamente al giudice amministrativo di accertare la sussistenza dei relativi presupposti, bensì adotta *motu proprio* il provvedimento di autotutela.

Ciò vale, anche qui, sia in via di azione, sia in via di reazione, e similmente al sistema francese[10]: se, ad es., un concorrente impugna la graduatoria lamentando una clausola del bando, l’amministrazione, a differenza di un controinteressato, non potrebbe, con ricorso incidentale e al fine di rimuovere il parametro evocato dal ricorrente principale, impugnare siffatta clausola, bensì, trattandosi di un proprio atto (il discorso sarebbe diverso se si trattasse di atto di altra amministrazione), avrebbe dovuto provvedere con i poteri di autotutela[11].

I poteri pubblicistici non si fermano neanche al provvedere, di primo o di secondo grado, ma investono altresì l’esecuzione del provvedere.

Come è noto, grazie al principio di esecutorietà, unitamente al potere pubblicistico di emanare propri titoli esecutivi, l’amministrazione non deve[12], ma di regola, parimenti alla tradizione francese del *privilège du préalable*[13], anche *non può* a tal fine rivolgersi previamente al giudice amministrativo, ma porta direttamente ad esecuzione i propri provvedimenti.

La proiezione sulle vicende dell’esecuzione costituisce in qualche misura un’inevitabile conseguenza della logica del sistema. Ciò fa comprendere perché negli ordinamenti giurispubblicistici, anche in prospettiva comparata, non abbia mai avuto risultati apprezzabili l’idea di riportare l’esecutorietà ad un principio di tipicità normativa. Non diversa sorte ha avuto, nel nostro ordinamento, l’art. 21-ter della legge n. 241/1990[14], la cui previsione, non a caso, è stata sostanzialmente tralasciata dalla giurisprudenza[15].

Ma allora, se non quelle pubblicistiche, quali dovrebbero essere mai le controversie nelle quali l'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo?

Qui il discorso si complica e la linearità dello schema appena rappresentato viene investito dalle ambiguità che caratterizzano quelle *zone di confine* nelle quali le fattispecie pubblicistiche rimesse alla giurisdizione del giudice amministrativo vengono esposte ad un ritorno di odori privatistici.

3. Le zone di intreccio col diritto privato.

Sono proprio queste zone di confine il luogo elettivo di eventuale emersione delle azioni delle amministrazioni contro il privato, come se, qua e là, possano attivarsi meccanismi che riconducono in qualche misura alla dinamica, anche processuale, dei rapporti privatistici.

Da lungo tempo nella tradizione francese questo fenomeno è emerso nell'ambito del ricorso di piena giurisdizione, dove entravano in campo vicende contrattuali o attinenti alla responsabilità. Ovviamente ciò presupponeva la competenza del contenzioso amministrativo in quel percorso che conduceva alla enucleazione della categoria dei *contrats administratif*, distinti dai meri contratti di diritto privato, nel contesto dunque di una pubblicizzazione, che però lasciava evidentemente aperto qualche spazio a logiche processuali privatistiche.

Significativo al riguardo è anche il rapporto col principio della *décision préalable*. La coloritura pubblicistica del modello processuale è sempre stata invero prevalente, tanto che, come ricorda già Laferrière, il suddetto principio vale anche per gli *actes de gestion*, oggetto di piena giurisdizione, e non solo per gli atti *actes de puissance publique*, ma vi erano delle eccezioni, come nel caso delle domande d'indennità per danni causati nei *travaux publics* o dell'estrazione dei materiali^[16]. Possono anche ricordarsi le azioni dell'amministrazione relative alle cd. *contraventions de grande voirie* per danni cagionati dal privato al demanio, risalenti alla legge 29 floréal anno X e ancora contemplate nel diritto vigente (L774-1 ss CJA)^[17].

Non si può qui approfondire una materia alquanto complessa, anche dal punto di vista storico, bastando confermare che nella giustizia amministrativa francese ben possono ravvisarsi svariate azioni dell'amministrazione contro il privato, e anche in via riconvenzionale. Per qualche esempio: azioni di responsabilità dell'amministrazione per i danni causati al Comune dall'impresa incaricata di lavori pubblici (CE 30/10/1964, *Cne Usse*), azioni di condanna del privato ad evacuare il demanio pubblico (CE 4/2/1976, *Elissonde*), azioni di condanna ad un *facere* che l'amministrazione non ha il potere di imporre al contraente o concessionario (CE 13/7/1956 *Office HLM de la Seine*, 30/10/1963, *Sonetra*), azioni riconvenzionali dell'amministrazione contro le pretese di un contraente privato (CAA Paris, VII, 29/12/2017, 16PA01978) o chiamate in garanzia da parte dell'amministrazione per il risarcimento dei danni (CAA Lyon, VI, 26/11/2009, 06LY02008) o ancora azioni di rivalsa nei confronti dei funzionari amministrativi (*action récursoire*), come nel caso di una *faute personnelle* (CE 12/12/2008, n. 296982; già CE 28/07/1951 *Laruelle et Delville*). Anzi, sembra che, nei tempi recenti, persino l'ordinamento francese non sia rimasto del tutto immune alle sirene della "civilizzazione". Se significativa era già l'esistenza di una eccezione risalente per i crediti di origine contrattuale^[18], è andata emergendo una tendenza ad espandere questa eccezione, sino a farvi rientrare un'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale in ragione dell'attitudine dolosa dell'impresa^[19].

A ben vedere, anche il nostro ordinamento, nel corso del XIX sec., si stava muovendo nel solco della medesima tradizione d'oltralpe e non a caso non manca una casistica di azioni dell'amministrazione contro il privato, già prima dell'unificazione, nelle "materie" del contenzioso amministrativo in senso stretto, ove i relativi organi esercitavano una funzione giurisdizionale (Real Patenti 31 dicembre 1842 e Real Editto 29 ottobre 1847): così, ad es., può ravvisarsi una causa promossa dalla Comunità di Monticelli contro dei privati in ordine al fatto che una strada rientri tra quelle comunali (Consiglio d'Intendenza Generale di Salluzzo, sentenza 30 giugno 1846, in *Rivista amministrativa del Regno*, 1850, 115); della Comunità di Giaveno contro degli imprenditori privati in ordine ad un'opera pubblica, se siano tenuti pei danni dipendenti dalla rovina dell'opera medesima (Consiglio d'Intendenza di Torino, sentenza 10 novembre 1849, *ivi*, 1851, 652). Tale possibilità non aveva dunque ostacoli di principio, per quanto ritenuta meno ricorrente rispetto all'azione del privato, rimanendo semmai ferma la necessaria presenza nella lite di una parte pubblica: "non si può neppure concepire contenzioso amministrativo, dove fra le parti contendenti non si trovi l'Amministrazione, e la questione non verta intorno a materia amministrativa, qual è, come il più spesso avviene, il reclamo di un privato che da un atto amministrativo pretendasi leso nei suoi diritti" (R. Camera dei conti, 2 aprile 1859, *ivi*, 1859, 405)[20].

Perché oggi si ha allora la sensazione di una novità, bisognosa di un'apposita disamina?

Quelle zone grigie iniziano a dissolversi a seguito della legge abolitiva del contenzioso del 1865. E' questo il vero *scrimen* che potrebbe giustificare storicamente la progressiva scomparsa nel nostro ordinamento delle azioni dell'amministrazione contro i privati di fronte alla giustizia amministrativa. Se non ottenne alcun apprezzabile risultato sul versante del sindacato sui provvedimenti amministrativi –i quali, prima con la distinzione tra atti di impero e di gestione e poi *mutatis mutandis* con la degradazione dei diritti soggettivi, rimasero sostanzialmente fuori dalla porta dei tribunali-, il modello della giurisdizione unica determinò pur sempre un irrigidimento nella contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, soprattutto nel tentativo di riportare nel proprio alveo fattispecie che, dai tempi della Rivoluzione francese, si riteneva fossero state strappate ai tribunali da parte del contenzioso amministrativo[21].

Non a caso nella nostra tradizione si acuirà la distinzione tra atti unilaterali e bilaterali ai fini qualificatori. Si abbandonerà così la possibile via francese dei *contrats administratifs*, in quanto il contratto è soltanto quello di diritto privato, e specularmente la qualificazione pubblicistica dovrà sempre comportare la presenza di un atto unilaterale, il provvedimento amministrativo. Ed infatti quando, a cavallo tra XIX e XX sec., ritornerà il vento della pubblicizzazione, non sarà sufficiente affermare che un contratto di locazione di un bene pubblico è un contratto di diritto pubblico, ma, più radicalmente, dovrà trasformarsi il titolo del rapporto in un provvedimento concessorio.

Ma proprio questo irrigidimento può far comprendere un ulteriore passaggio. Le zone grigie avrebbero potuto ricostituirsi con l'avvento nel 1923 delle materie di giurisdizione esclusiva, se non fosse che, a ben vedere, attraverso tali norme processuali sulla giurisdizione, non solo, come era inevitabile (similmente ai *contrats administratifs* rimessi al contenzioso amministrativo francese), si finì per avallare una pubblicizzazione sostanziale del rapporto[22], *ma non si lasciò alcuno spazio per significative contaminazioni privatistiche*. L'unica eccezione furono i "diritti patrimoniali conseguenziali", che, appunto per questo, rimanevano però fuori dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si prenda il caso emblematico del pubblico impiego, sulla cui natura giuridica (pubblicistica, privatistica o mista) da decenni si disquisiva: non solo il titolo, ma anche gli atti di gestione del rapporto di lavoro divengono atti “amministrativi”. Il punto di equilibrio con l’origine privatistica, al fine di evitare che il mutamento della qualificazione potesse importare una diminuzione della tutela, ha soltanto bisogno di un piccolo accorgimento, ossia l’invenzione degli atti amministrativi “paritetici”, la cui impugnazione è sottratta al breve termine decadenziale. Niente di più.

In tal modo, la “materia” ha finito per essere attratta nello schema generale dell’esercizio dei poteri pubblicistici, anche se si parli di atti paritetici e diritti soggettivi, e soprattutto, nella prospettiva processuale, in una sostanziale riproduzione del principio della *décision préalable*. Anche per quegli aspetti del rapporto dove poteva risuonare l’origine privatistica, ad es. quelli di natura puramente patrimoniale, l’amministrazione non ha bisogno di rivolgersi ad un giudice, ma adotta una decisione, che verrà eventualmente impugnata dal privato, pur, nel caso di atto paritetico, con quella diversa modulazione del termine. Ancor oggi possiamo trovarne le tracce: l’amministrazione nega taluni emolumenti economici e l’interessato chiede l’annullamento degli atti paritetici, benché si osservi che si tratta di una sostanziale azione di accertamento (Tar Lazio Roma II quater n. 12821/2020).

In altre parole, la giurisdizione esclusiva, per lunghi decenni, non sembra aver dato occasione di fare emergere azioni dell’amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo, in quanto il modello delle controversie pubblicistiche, pur con delle modulazioni, ha costituito la cornice nella quale rigorosamente ambientare, anche in tali zone grigie, i rapporti tra privato, azione amministrativa e processo amministrativo.

Tutto questo fa comprendere come le vicende recenti possano in qualche modo apparire come una novità.

4. Il ritorno delle azioni dell’amministrazione contro il privato: la giurisdizione esclusiva e la responsabilità.

Le premesse per il ritorno delle azioni dell’amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo possono, grosso modo, collocarsi a partire dagli anni novanta del secolo scorso.

Invero, già in precedenza, si era mosso qualcosa di significativo, ma dettato da esigenze pratiche specifiche e non tale ancora da determinare un mutamento di paradigma sul piano sistematico, anche perché non frutto di condivisione tra le giurisdizioni. Si trattò, non a caso, di un’iniziativa della Cassazione in materia di pubblico impiego, che, da un lato, affermò che l’ente pubblico datore di lavoro, per la ripetizione di somme, o non potendo o non volendo avvalersi degli strumenti di attuazione coattivi conferiti dall’ordinamento, è facultato ad esperire i rimedi giurisdizionali ordinari, d’altro lato, che, sussistendo la giurisdizione esclusiva, tali rimedi vanno presentati al giudice amministrativo, ivi compreso il procedimento ingiuntivo (Cass. S.U. n. 1580/1970, n. 6442/1979, n. 8207/1987, n.14215/2002). Posizione invece non condivisa dal Consiglio di Stato, che dichiarerà il proprio difetto di giurisdizione, statuendo altresì che l’amministrazione non può proporre azioni dinanzi al giudice amministrativo (Cons. st. VI n. 991/1987)[23].

La ragione fondamentale per un più deciso ritorno delle azioni dell'amministrazione è, a nostro avviso, da ravvisare nella forte pressione, specie al livello dottrinario, esercitata in vista di una qualche "civilizzazione", più o meno intensa, del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa, cui ha anche concorso il sopravvenire di tematiche nuove, come quella della responsabilità, nel nostro ordinamento tradizionalmente ricondotta all'ambito degli istituti privatistici e alla giurisdizione del giudice ordinario. Tutto questo a partire dall'indimostrato ed errato presupposto che la civilizzazione comporterebbe un rafforzamento della tutela del cittadino^[24], mentre vi sarebbe semmai da temere esattamente il contrario.

Si determina così un evidente salto di qualità sia rispetto a quell'irrigidimento determinato dalla legge del 1865, sia rispetto ad una assorbente colonizzazione pubblicistica delle materie di giurisdizione esclusiva. Non si tratta più e soltanto di utilizzare, qua e là, frammenti di origine privatistica, opportunamente assorbiti, con eventuali modulazioni, nel "sistema" giuspubblicistico. In quella che oggi viene indicata come una "osmosi" tra diritto pubblico e diritto privato (ad es. di recente Cons. st II n. **7237/2020**), l'interferenza dei riferimenti privatistici inizia ad assumere, quantomeno rispetto al passato, una maggiore densità e autonomia: non si ha così remore, per fare un esempio, ad affermare che, nonostante una convenzione di lottizzazione abbia natura pubblicistica, siano applicabili gli istituti privatistici della risoluzione contrattuale (Tar Lazio Roma IIbis n. 13229/2020). Ben inteso: tutto ciò va misurato e circoscritto nella sua effettiva portata, non potendosi in alcun modo accedere a certe vulgate dottrinarie che molto superficialmente ritengono con un tratto di penna di poter cancellare o ridurre al lumicino la contrapposizione tra sistema pubblicistico e sistema privatistico.

Un punto di partenza potrebbe essere ravvisato nella previsione degli "accordi" della legge sul procedimento (artt. 11 e 15 L. n. 241/90), rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tali accordi, da un lato, spezzano la rigida contrapposizione tra atti unilaterali (pubblicistici) e atti bilaterali (privatistici), riaprendo la porta ai contratti di diritto pubblico, d'altro lato, contengono un espresso rinvio al codice civile ("si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili").

Sul finire degli anni novanta si allunga l'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva e si attribuisce al giudice amministrativo il risarcimento dei danni, ampliando così le potenziali zone di confine. La legge n. 205/2000 diviene anche occasione per rivedere più ampiamente la disciplina del processo amministrativo con primi momenti di apparentamento col processo civile.

E' il caso della previsione che introduce il decreto ingiuntivo: "Nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, si applica il capo I del titolo I del libro IV del codice di procedura civile" (art. 8 L. n. 205/2000). In applicazione della legge, si conferma da subito che possa essere anche l'amministrazione ad agire, come si evince ad es. nel caso di un Comune che chiede il decreto ingiuntivo nei confronti di un concessionario (ad es. Tar Lazio Roma II n. 6525/2002), con ciò riprendendo l'orientamento già emerso in Cassazione. Specularmente emerge altresì la possibilità che l'amministrazione non solo si opponga al decreto ingiuntivo chiesto dal privato, e sin qui, come è noto, nella veste, in quanto opponente, di convenuto sostanziale, ma possa altresì, e questa volta nella veste di attore anche sostanziale, unire

all'opposizione una domanda riconvenzionale (ad es. Tar Lazio Roma II n. 8581/2001; Tar Toscana II n. 613/2002).

Si incomincia così a respirare una nuova aria, come testimonia l'avvento di scritti più decisamente aperti all'ingresso di azioni dell'amministrazione. E', ad esempio, il caso della dottrina già citata^[25] che, alla luce del D.lgs. 80/98 (poi dichiarato incostituzionale), guarda all'intero versante delle materie di giurisdizione esclusiva e pone, a tal fine, l'esigenza di una rivisitazione strutturale della disciplina processuale. Emblematico è anche lo scritto di un giudice amministrativo^[26] che si interroga espressamente sulla possibilità di applicare nell'ambito della giurisdizione esclusiva e dei giudizi risarcitori istituti processualciviltistici, ed in particolare la domanda (ed eccezione) riconvenzionale e la chiamata in giudizio del terzo. Non si nega il dubbio sulla "ammissibilità di una domanda che venga proposta dinanzi al giudice amministrativo da una amministrazione contro un privato; e ciò con specifico riferimento alla tradizionale nozione della giustizia amministrativa quale strumento di «tutela nei confronti della pubblica amministrazione» (art. 103 cost.)", ma, significativamente, si afferma che "l'attuale stato di evoluzione della giustizia amministrativa, con attribuzione di giurisdizione esclusiva su «tutte le controversie» relative a materie amplissime (ad es., servizi pubblici ex art. 33, d. lg. n. 80 del 1998) e la trasformazione della nozione di giurisdizione esclusiva quale «giurisdizione piena» sui rapporti, consente, a mio avviso, di superare tale rilievo preliminare".

Non sorprende così che da quel momento prenderanno corpo svariati riscontri giurisprudenziali nel segno di riconoscere in linea generale la possibilità di un'azione dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo. Ma non meno deve sorprendere che vi siano stati anche momenti iniziali di difficoltà o di rigetto di una siffatta prospettiva, come nel caso in cui si è recisamente affermato che la legge n. 205/2000 "non ha modificato affatto la struttura generale del processo amministrativo, che resta - come da tradizione inveterata - un processo ad azione unilaterale" (Tar Lazio Roma I n. 10442/2004).

Limitiamoci a qualche significativa esemplificazione, sino al coinvolgimento dello stesso giudice delle leggi.

In una lite definita nel 2007 (Cons. st. IV n. 6358/2007), un comune chiedeva la risoluzione per inadempimento di una convenzione e il risarcimento dei danni contro una cooperativa nell'ambito di interventi per l'edilizia economica e popolare. Ricondata la fattispecie alla giurisdizione esclusiva in materia di concessioni (art. 5 legge Tar) o anche di accordi di diritto pubblico (art. 11 l. n. 241/1990), il giudice accoglieva l'azione di risoluzione per inadempimento, qualificata ai sensi dell'art. 1454 c.c. e rigettava, nel merito, quella di risarcimento per mancata prova del danno.

In un caso definito nel 2010 (Cons. st. VI n. 20/2010), in materia di appalti, l'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale dell'impresa veniva fronteggiata da una speculare domanda riconvenzionale, tramite ricorso incidentale, dell'amministrazione. La pronuncia affronta direttamente la questione, e dando per scontato, secondo l'unanime giurisprudenza di allora (Cass., sez. un., n. 5084/2008), che la giurisdizione esclusiva in materia di procedimenti di affidamento dei contratti pubblici comprendesse anche la lesione di diritti soggettivi derivanti da atti o comportamenti amministrativi, si chiede se "se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento abbracci pure le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte dalle amministrazioni

pubbliche nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative contrattuali”. Sulla scorta del precedente del 2007 si statuisce che “se la giurisdizione esclusiva abbraccia il rapporto tra p.a. e privato, essa non può essere unidirezionale e perciò riferita esclusivamente alle azioni del privato nei confronti della p.a., ma deve necessariamente essere bidirezionale ed estesa anche alle azioni della p.a. nei confronti del privato, che siano, come nella specie, conseguenza immediata e diretta delle prime”. In tale direzione si metteva in campo anche “il principio di concentrazione delle tutele”, atteso che “diversamente ragionando, una vicenda unitaria, come quella per cui è processo, che postula una cognizione unitaria, verrebbe in modo irrazionale e antieconomico portata alla cognizione di due diversi ordini giurisdizionali, con il rischio di contrastanti giudicati” e si evocava una non nuova giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale, ad eccezione del principio della inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione, “se in una data materia sono proposte due azioni connesse, una rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'altra in astratto rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario, la prima azione attrae anche la seconda alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., sez. un., n. 14805/2009).

Il codice del processo amministrativo del 2010 conferma l'ammissibilità dell'azione riconvenzionale, dedicandovi un'espressa disciplina e risolvendo definitivamente il problema della forma di tale azione, che viene ricondotta allo schema del ricorso incidentale (art. 42 c.p.a.).

Di lì a poco sarà il turno dell'Adunanza plenaria (n. 28/2012), che, oltre ad asseverare la giurisdizione esclusiva su una controversia promossa dall'ente pubblico “concernente l'osservanza degli obblighi assunti dal privato nei confronti dell'ente locale, in connessione con l'assegnazione di aree comprese in un piano di zona, volti alla realizzazione di opere di urbanizzazione ed alla cessione gratuita all'ente delle aree stradali e dei servizi”, avrà modo significativamente di affermare:

-che, in sede di giurisdizione esclusiva, il g.a. “là dove vengano in discussione questioni su diritti, come è per l'appunto nel caso in esame, non può che garantire agli interessati la medesima tutela e, dunque, le medesime specie di azioni riconosciute dinanzi al giudice ordinario”, ritenendo così ammissibile l'azione della stessa amministrazione ai sensi dell'art. 2932 c.c., al fine di garantire il passaggio alla proprietà pubblica delle aree promesse dal privato;

-che non è accoglibile “la tesi secondo cui l'effetto dell'acquisizione delle aree in questione avrebbe potuto essere conseguito dall'amministrazione pubblica utilizzando i propri poteri autoritativi, quale l'acquisizione d'ufficio: a tacer d'altro, è sufficiente al riguardo rilevare che l'eventuale possibilità di esperire poteri amministrativi non rende di per sé inammissibile la proposizione di una domanda giudiziale”.

Questo orientamento non poteva non porre dubbi di costituzionalità, stante, almeno *prima facie*, il tenore letterale dell'art. 103 c. 1 cost.: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela *nei confronti della pubblica amministrazione*”. Ovviamente il punto non riguardava più l'ammissibilità di tale tutela nei confronti di soggetti “equiparati” all'amministrazione, sulla quale vi era stato già l'avallo del giudice delle leggi (C. cost. n. 204/2004), bensì *una tutela esperita dall'amministrazione nei confronti di un privato vero e proprio*.

Anche in tal caso, tuttavia, il giudice delle leggi ha concesso il suo beneplacito:

-“sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni – da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell’interesse pubblico, così come definito dalla legge”;

-“l’ordinamento non conosce materie ‘a giurisdizione frazionata’, in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l’amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo” (C. cost. n. 179/2016).

L’assist del giudice delle leggi viene subito colto dal Consiglio di Stato (III n. 3755/2016), che, a conferma della propria precedente giurisprudenza, ammette l’esperimento da parte dell’amministrazione o, come nel caso di specie, da parte di un organismo di diritto pubblico di un’azione di responsabilità precontrattuale contro il privato per la mancata stipula del contratto.

Significativa è altresì una successiva statuizione dell’Adunanza plenaria (n. 2/2017). Di contro a taluni precedenti, che ammettevano ex art. 2055 c.c. un’azione risarcitoria del privato non solo contro la p.a. ma, in solido, anche nei riguardi del controinteressato (Cons. st. VI n. 115/2012 e n. 529/2012), si pone un limite all’espansione, sotto il profilo soggettivo, della giurisdizione amministrativa, nel senso che essa non può comprendere liti *tra privati*, pur connesse a vicende pubblicistiche. La disciplina costituzionale non impedisce dunque azioni della p.a. contro il privato, ma esige pur sempre che nella controversia sia parte una pubblica amministrazione, evocando in tal senso anche la giurisprudenza della Cassazione che aveva poco prima affermato la giurisdizione del giudice ordinario in ordine ad un’azione risarcitoria avverso il funzionario, sul presupposto appunto che “l’art. 103 Cost. non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una P.A., o soggetti ad essa equiparati” (Cass., sez. un., n. 19677/2016).

Se non liti tra privati, come del resto già affermavano gli antichi organi del contenzioso amministrativo, ancora un volta si assevera, sul piano dei limiti costituzionali, la possibilità di un’azione dell’amministrazione contro un privato. Rimane impregiudicato, in mancanza di una domanda in tal senso, se la p.a. non potesse, di fronte allo stesso giudice amministrativo, esercitare un’azione di regresso nei confronti del controinteressato in ragione del risarcimento dovuto al ricorrente, ma sembrando lasciare intendere che una siffatta azione sarebbe stata ammissibile.

Tale pronuncia è non meno rilevante perché valorizza il giudizio di ottemperanza anche nei confronti del privato ai sensi dell’art. 112, c.1, c.p.a. (“I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e *dalle altre parti*”):

“La norma è coerente con la constatazione che in moltissimi casi l’esecuzione in forma specifica del giudicato richiede, in particolare se si tratta di attuarne gli effetti restitutori e

ripristinatori, oltre all'azione dell'amministrazione, l'ingerenza nella sfera giudica e materiale di soggetti privati, specie nel caso in cui sono stati destinatari di provvedimento favorevoli poi annullati e devono, per effetto del giudicato, adempiere ad obblighi – a ben guardare meramente consequenziali o riflessi – restitutori e ripristinatori.

Escludere in tali casi la giurisdizione amministrativa solo perché vi è il coinvolgimento indiretto (e inevitabile) di soggetti privati vanificherebbe la funzione del giudizio di ottemperanza e, con essa, il valore fondamentale dell'effettività del giudicato (corollario del principio, di rango costituzionale ed europeo, del diritto di azione in giudizio)".

E' vero che l'Adunanza sembra qui fare riferimento a ricorsi dei privati, ma è evidente che, una volta ricondotti gli stessi privati nel novero dei soggetti passivi dell'ottemperanza, si presti il fianco alla possibilità dell'esecuzione di una pronuncia frutto di un'azione dell'amministrazione.

Il cerchio potrebbe così chiudersi: l'amministrazione può agire contro il privato di fronte al giudice amministrativo sia in sede di cognizione, sia in sede di esecuzione, *rectius* di ottemperanza.

Va evidenziato al riguardo che anche nell'ordinamento francese è emersa di recente la possibilità che il giudice amministrativo emetta delle *astreintes* a carico del soggetto privato^[27].

Da ultimo, con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato, muovendosi sulla scorta della citata giurisprudenza, sviluppa con tutta ampiezza l'idea della "bilateralità direzionale delle tutele" (Cons. st., sez. II, n. 8546/2020). Se l'Adunanza plenaria (n. 5/2018) ha esteso la latitudine della responsabilità precontrattuale da comportamento dell'amministrazione, vorrà dire che la stessa azione di fronte al giudice amministrativo potrà essere esperita con la medesima latitudine dall'amministrazione contro il privato. Non solo: alla bilateralità si accompagna l'idea di una qualche specularità del regime giuridico, usata, nel caso di specie, a favore del privato sotto il profilo del requisito soggettivo della responsabilità. Si giunge così più generalmente ad affermare che "merita condivisione" e anzi "in un'accezione ancora più estesa" l'assunto del giudice di prime cure per il quale "al fine di dirimere una controversia che veda quale parte attrice l'Amministrazione, anziché il privato, debbano comunque essere utilizzate le categorie concettuali elaborate dalla giurisprudenza *a parti rovesciate*".

Ovviamente questo orientamento, nell'anfratto della responsabilità, dovrà fronteggiare le diverse propensioni emerse in materia di riparto di giurisdizione nella recente giurisprudenza del giudice della giurisdizione. Qui non si tratta tanto della possibilità che la Cassazione si mostri avversa alla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nei riguardi di un'azione dell'amministrazione contro il privato, sia perché è stata proprio la Cassazione che, come abbiamo visto, ha aperto questa breccia, sia perché il punto è stato affrontato e superato dal giudice delle leggi. La questione attiene ad altro angolo di visuale: stabilire cioè a chi spetti la giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale. E se, a parte la responsabilità da provvedimento illegittimo, la Cassazione, di contro al giudice amministrativo, ritiene che la responsabilità da comportamento della p.a. spetti al giudice ordinario, lo stesso, nella logica del giudice della giurisdizione, non potrà *a fortiori* che affermare per il caso inverso, cioè della responsabilità da comportamento del privato nei confronti della p.a.. In altre parole, l'azione della p.a. per far valere la responsabilità precontrattuale nei confronti del privato dinanzi al

giudice amministrativo sarebbe da escludere non in quanto tale, sulla base cioè di presunti limiti generali che segnerebbero i presupposti soggettivi del processo amministrativo, bensì in quanto, in tale specifico ambito, quello appunto della responsabilità precontrattuale, ci sarebbe la giurisdizione del giudice ordinario[28].

5. Concorso di strumenti pubblicistici e privatistici. Rilievi critici.

Costituisce una questione risalente lo stabilire se, in presenza di strumenti pubblicistici, l'amministrazione possa o meno ricorrere in alternativa a strumenti privatistici. Non si può dire che, in termini di diritto positivo, si sia mai formata al riguardo una regola uniforme, né ci appare che possa considerarsi dirimente la propensione di questi ultimi decenni ad asseverare in termini generali una siffatta alternatività, se non come ulteriore segno, tutto da misurare nei suoi effetti di diritto positivo, degli orientamenti (in sé discutibili) volti a valorizzare il diritto privato.

Ancor oggi ad es. l'amministrazione non potrebbe stipulare un contratto di diritto privato nelle categorie di dipendenti rimaste nell'alveo pubblicistico o non potrebbe dare in uso un bene demaniale tramite un contratto di locazione in luogo di un provvedimento concessorio[29]. Allo stesso tempo, invece, ai fini ad es. dell'acquisizione della proprietà di un immobile, l'amministrazione ancor oggi potrebbe esperire un procedimento pubblicistico di espropriazione, ma potrebbe anche, appunto in alternativa, stipulare un normale contratto di compravendita.

La risposta diviene ancor più complicata non appena si entri nei meandri del rapporto costituito, sia in ordine a momenti modificativi, sia in ordine a momenti esecutivi.

Così, in presenza di titoli privatistici, le vicende del rapporto possono vedere la presenza di poteri pubblicistici che si accompagnano all'ordinario strumentario privatistico (si pensi, ad es., ai poteri di autotutela in materia di contratti pubblici che concorrono con le cause privatistiche di risoluzione) o possono vedere, anche se l'origine dell'obbligo è privatistica, il ricorso a strumenti di esecuzione alternativi a quelli di diritto comune (ad es. le procedure amministrative di riscossione coattiva dei crediti erariali).

Allo stesso tempo, in presenza questa volta di titoli pubblicistici, le vicende del rapporto, anche in sede esecutiva, possono vedere la presenza di rimedi privatistici che si accompagnano all'ordinario strumentario pubblicistico. Addirittura, nel caso della responsabilità, stante la sua qualificazione tradizionale, il rimedio è solo privatistico.

E' proprio in quest'ultimo ambito che può entrare in campo il giudice amministrativo, sempre che abbia giurisdizione, poiché, ogni qual volta la presenza di momenti privatistici conduce alla giurisdizione ordinaria, usciamo fuori dal nostro tema, essendo d'altra parte tradizionalmente scontato che l'amministrazione possa agire contro il privato di fronte al giudice civile.

Due sono dunque i presupposti, a fini del nostro discorso, per l'entrata in campo il giudice amministrativo: l'emersione di istituti privatistici in rapporti di diritto pubblico e la giurisdizione del giudice amministrativo. Nel momento in cui ricorrono tali presupposti, potrebbe farsi avanti la logica processuale privatistica ed aprire così la porta, in via principale o riconvenzionale, alle azioni dell'amministrazione contro il privato.

Il primo presupposto esige che, nell'ambito di fattispecie pubblicistiche, si ritenga possibile l'applicazione di istituti privatistici *in quanto tali*.

Torniamo, per capirci, alle materie di giurisdizione esclusiva. Sin quando i rapporti concernenti tali materie, dove possono prospettarsi zone di confine, sono stati *in toto* assorbiti nel paradigma pubblicistico, non vi è stata ragione alcuna per prospettare azioni dell'amministrazione, ma, nel momento in cui quella tendenza alla "civilizzazione", cui si accennava, ha determinato in qualche misura una riesumazione *tout court*, non più cioè assorbita nel sistema pubblicistico, di istituti privatistici, le cose suonano diversamente.

Si prenda il caso citato del 2007. Siamo certamente nell'ambito di una fattispecie pubblicistica, e pur tuttavia si ritiene di poter applicare la risoluzione per inadempimento della convenzione ai sensi dell'art. 1454 c.c., sicché non si ha remore ad ammettere che la relativa azione possa essere esercitata anche dall'amministrazione.

E ancora, la nuova arrivata, la responsabilità, per come discutibilmente intesa ancor oggi, ha natura privatistica. Così, nel caso citato del 2010, non si ha remore ad ammettere, nel caso di specie in via riconvenzionale, che la relativa azione possa essere esercitata anche dall'amministrazione. Ovviamente la reciprocità tra privato e amministrazione potrà darsi riguardo alla responsabilità da comportamento, non anche per quella da provvedimento, poiché, come si è detto, il privato non adotta atti amministrativi.

Il secondo presupposto esige che, anche per tali aspetti, si ritenga sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo. Ove invece si neghi tale giurisdizione, come potrebbe essere riguardo all'attuale *querelle* in materia di responsabilità da comportamento, il nostro problema, come dicevamo, cade in radice, rientrandosi nel solco tradizionale di un'azione dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice ordinario.

Resta da chiedersi se, di fronte al giudice amministrativo, l'apertura ai rimedi privatistici nei rapporti di diritto pubblico, o, più esattamente, a rimedi privatistici che rimangono tali, e che proprio per questo inducono alla reciprocità delle azioni, sia la soluzione preferibile. A nostro avviso, deve darsi una risposta negativa sia per l'interesse pubblico, sia per i rapporti tra amministrazione e giustizia amministrativa, sia soprattutto per lo stesso interesse del cittadino, cui deve darsi primaria attenzione.

L'intermediazione giurisdizionale costituisce un sicuro fattore di rallentamento dell'azione amministrativa e potrebbe comportare un'alterazione dei tradizionali e delicati equilibri tra giustizia e amministrazione dagli esiti imprevedibili.

Ma andiamo, per quel che più importa, al cittadino. Potrebbe sembrare più vantaggioso che le pretese dell'amministrazione si colorino di venature privatistiche e passino per l'intermediazione giurisdizionale. A ben vedere vi è proprio da pensare il contrario.

Anzitutto, non ci stancheremo mai di ricordare che la qualificazione privatistica e la tanto vantata condizione di paritarietà determinano una caduta della tutela, poiché il regime privatistico non consente di sottoporre l'atto dell'amministrazione agli stringenti canoni della legalità pubblicistica. L'aggettivo "paritario" è tanto suggestivo quanto travicante, poiché ciò che conta è appunto il regime giuridico: vero è invece che la propensione a qualificare un atto come autoritativo (di per sé pura fantasia ontologica dei giuristi) o più semplicemente

come atto di diritto pubblico non è segno di autoritarismo, bensì è l'astuzia che consente di sottoporre l'amministrazione al (di gran lunga) più garantista regime di diritto pubblico. Il sistema giuspubblicistico costituisce invero un gigantesco diritto diseguale, sostanziale e processuale, volto a compensare la diseguaglianza di fatto che intercorre tra l'amministrazione e il cittadino.

Si potrebbe ancora opporre l'argomento della intermediazione giurisdizionale. Qui soccorrono già i motivi della dottrina francese a favore del principio della *décision préalable*: il cittadino potrebbe ottenere un risultato dall'amministrazione, evitando il processo; la vicenda che porta alla previa decisione amministrativa delimita i contenuti della lite, non solo facilitando il compito del giudice^[30], ma anche, a nostro avviso, evitando che il cittadino si ritrovi un reazione processuale soverchiante dell'amministrazione a tutto campo. Non dissimile è del resto la *ratio* garantista che ha condotto tradizionalmente ad affermare il divieto di integrazione processuale della motivazione.

Nell'insieme il punto è questo: è molto più facile per un cittadino contrastare, e con la stringente legalità pubblicistica, una decisione dell'amministrazione che incorpori l'*affaire*, quale che ne sia il suo contenuto, e senza pericolo di un allargamento del contenzioso, che difendersi direttamente in un giudizio dove amministrazione e cittadino lottano ad armi pari, con la logica sostanziale e processuale del diritto privato.

In questo, ci piace evocare una pregevole pronuncia del giudice amministrativo, le cui massime andrebbero valorizzate e che merita dunque di essere ampiamente rievocata:

“la pubblica amministrazione ha la possibilità di valersi, da un lato, di strumenti specifici attribuiti in virtù della potestà pubblica, e dall'altro, degli stessi sistemi di tutela del privato, che transitano necessariamente attraverso la verifica giurisdizionale della pretesa. E' necessario quindi procedere ad una valutazione del rapporto esistente tra le due opzioni operative, verificando quali siano i limiti di fungibilità tra le diverse procedure e se le eventuali diversità riverberino sul potere cognitivo del giudice adito.

Rileva la Sezione che non possa sostenersi una generale alternatività dei mezzi a disposizione della pubblica amministrazione.

In primo luogo, occorre evidenziare in generale la maggiore incisività dello scrutinio del giudice amministrativo nei casi di esercizio del potere, rispetto ai rapporti connotati da profili di pariteticità, quanto meno sotto il profilo della valutazione dell'effettiva funzionalizzazione dell'attività, che implica, tra l'altro, anche la considerazione dei motivi che spingono l'azione della Pubblica amministrazione. Il che permette di ritenere che l'eventuale preferenza per il modulo di tutela contro l'attività autoritativa risponda anche ad esigenze di tutela di maggiore incisività. La funzionalizzazione dell'attività pubblica permette la valorizzazione dei motivi del comportamento della Pubblica amministrazione ed il sindacato esterno sulla globalità dell'intervento, con uno schema di maggiore penetrazione nelle dinamiche decisionali dell'ente pubblico, venendo quindi a svolgere un compito che non necessariamente importa una diminuzione di tutela del privato. L'eventuale attribuzione di un doppio ordine di garanzie in favore della pubblica amministrazione, la quale potrebbe avvalersi dell'uno o dell'altro sistema in base ad una propria arbitraria decisione, non aumenterebbe quindi le garanzie del soggetto amministrato ma le diminuirebbe, permettendo alla parte pubblica di scegliere il modulo in relazione alla propria convenienza ed evitando eventualmente profili

di illegittimità o, come potrebbero emergere nel caso, di decadenza connessi al canale pubblicistico.

In secondo luogo, va considerato il valore cogente della normativa. In particolare, va sottolineato come, ove il legislatore abbia esplicitamente previsto l'utilizzo di un determinato procedimento, evidenziandone le garanzie connaturate, l'impiego di strumenti alternativi determini la messa in ombra della scelta medesima... L'attribuzione di un determinato potere alla parte pubblica e la contemporanea attribuzione di correlative posizioni soggettive ai privati non è senza esito, ma ne impone l'utilizzo in quanto, opinando diversamente, si renderebbe vana la predisposizione del modulo procedimentale da parte del legislatore.

Dalla serie di motivi sopra tratteggiati, emerge come non possa essere consentito alla pubblica amministrazione, in presenza di un potere pubblicistico, di agire anche ed indifferentemente alla stregua dell'operatore di diritto privato, quando ciò possa portare all'elisione di ulteriori garanzie procedurali e pubblicistiche. In questo senso, la presenza di una potestà per il raggiungimento di un determinato risultato impone alla parte pubblica l'utilizzo del modulo autoritativo attribuito e renda impossibile il ricorso alle ordinarie facoltà riservate ai privati". (Cons. st. IV n. 2618/2011)[31].

Ben vengano dunque a tutto campo, *de iure condito* o *de iure condendo*, le qualificazioni pubblicistiche, la non alternatività degli strumenti privatistici, il principio della *décision préalable* e l'estromissione, nella giustizia amministrativa, dell'uso di istituti privatistici *in quanto tali*.

6. La subdola parità di fronte al giudice amministrativo. Rilievi critici.

Se l'ingresso di una logica privatistica determina una caduta della tutela del cittadino, cui viene così sottratto il ben più potente armamentario pubblicistico, non va sottovalutato un altro, e per certi versi, più sottile pericolo, e cioè che quel potente armamentario venga rivolto contro il cittadino.

In altre parole, nel primo caso, il cittadino si ritrova gli spuntati rimedi privatistici, nel secondo caso, si ritrova, con autentico capovolgimento, a subire i penetranti rimedi pubblicistici.

L'argomento non può essere qui approfondito poiché significherebbe parlare di tutto il processo, ma è sufficiente qualche domanda esemplificativa.

Possiamo pensare che il metodo acquisitivo dell'istruttoria processuale, nato per compensare la posizione di debolezza del privato, possa pienamente spiegarsi a tutto campo nei confronti di quest'ultimo, parimenti a come trova tradizionale applicazione nei confronti dell'amministrazione?

Possiamo pensare che il primato della tutela in forma specifica, che informa la giustizia amministrativa, e l'effetto conformativo, che di quel primato è espressione, possano altresì rivolgersi contro il privato?

Possiamo pensare che il penetrante strumento dell'ottemperanza, che ancora di quel primato costituisce corollario in sede di esecuzione, possa essere utilizzato contro il privato, magari con la nomina di un commissario ad acta che al privato si sostituisca?

Questi interrogativi dovrebbero già far comprendere come ci vorrebbe un'estrema prudenza nell'avallare generici proclami di "parità" tra le parti nel processo amministrativo, se non si vuole far diventare questo straordinario sistema di giustizia sorto a tutela del cittadino un autentico Giano bifronte al servizio della pubblica amministrazione.

7. Il caso della pronuncia in commento.

Il caso oggetto della pronuncia in commento si ricollega a quanto appena osservato, sebbene in un'ambientazione privatistica, dato che è in questa l'ambientazione che la giurisprudenza continua (discutibilmente) a collocare il tema della responsabilità nei rapporti di diritto pubblico.

Nella tradizione la responsabilità dell'amministrazione è sempre stata oggetto di un regime più rigoroso, risolvendosi l'illegittimità in una *culpa in re ipsa*: anzi è proprio questa la ragione che la risalente dottrina, da Vacchelli a Romano o a Cammeo, accampava per giustificare la necessità di addivenire ad una responsabilità di diritto pubblico, affrancata dal paradigma privatistico. Come è noto, oggi, a parte i vincoli del diritto UE, a correzione della infausta riesumazione della colpa da parte della Cassazione (n. 500/1999), la giurisprudenza amministrativa è attestata attorno all'idea di una presunzione relativa.

Il giudice ci dice, come si è visto, che "merita condivisione" e anzi "in un'accezione ancora più estesa" l'assunto del giudice di prime cure per il quale "al fine di dirimere una controversia che veda quale parte attrice l'Amministrazione, anziché il privato, debbano comunque essere utilizzate le categorie concettuali elaborate dalla giurisprudenza *a parti rovesciate*". E con ciò si giustifica che anche la responsabilità precontrattuale del privato esiga l'accertamento del profilo soggettivo.

Pur salvifico, negli esiti, per il privato, è l'approccio che tuttavia non convince.

Verrebbe subito da dire che è del tutto normale che occorra il profilo soggettivo per la responsabilità del privato, e secondo i criteri ordinari, mentre è del tutto normale che invece tale profilo sia sottoposto ad un regime più rigoroso riguardo all'amministrazione. Ci appare dunque alquanto incongruo che, a "parti rovesciate", il modello utilizzato per l'amministrazione venga utilizzato come parametro di quello utilizzato per il privato.

Si vuole forse che il modello più rigoroso utilizzato per l'amministrazione valga anche per il privato, ossia una parificazione in *peius* per quest'ultimo?

Né affatto ci tranquillizza questa facilità con la quale si prospetta potenzialmente un ricorso in termini di generalità a siffatto schema delle "parti invertite" ("in un'accezione ancora più estesa").

8. Conclusioni.

Anche questa nuova tematica delle azioni dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo costituisce l'ennesima dimostrazione dei danni che possono arrecare al sistema della giustizia amministrativa e soprattutto alla tutela del cittadino le ventate "civilizzanti" di questi ultimi decenni.

E' bene invece che la "logica" del diritto privato rimanga fuori dal processo amministrativo e che non si vada mai al di là, secondo tradizione, dell'utilizzo occasionale di questo o quell'altro istituto o frammento normativo, ben inteso, non in quanto tale e con la logica segnata dal sistema di provenienza, ma sempre attraverso una rimodulazione interna all'ordito giuspubblicistico.

Forse a tal fine sarebbe alquanto opportuno rivalorizzare l'origine amministrativa del reclutamento dei consiglieri di Stato, mentre quello attuale sembra invece pendere oltre misura a favore di soggetti provenienti dalla giurisdizione ordinaria, con una qualche inevitabile propensione ad un inquinamento privatistico della giustizia amministrativa.

[1] Più latamente, può anche evocarsi il giudizio di responsabilità amministrativa. Per quanto rimesso all'azione della procura contabile, è comunque significativo che la giurisprudenza contabile ammetta un qualche spazio d'iniziativa processuale dell'amministrazione: "l'Ente che si presume danneggiato (può) partecipare alla definizione della vertenza, che lo vede indubbiamente interessato, nella forma dell'intervento adesivo dipendente *ad adiuvandum*, col quale l'Ente stesso non fa valere un diverso autonomo diritto e nemmeno uno dipendente da quello oggetto del giudizio in corso, ma si limita a sostenere le ragioni del requirente contabile, avendone un evidente interesse" (C. conti, Sezioni Riunite n. 1/2003; da ult. C. conti d'appello, sez. III, n. 86/2020).

[2] M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss.

[3] E. Follieri, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie i cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 635-6.

[4] Ma già nella giurisprudenza francese, oltre al caso in cui il concessionario eserciti un potere autoritativo, T.C 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot*, dove un contratto tra un concessionario privato e un'impresa privata è considerato un contratto amministrativo, in quanto concluso dal concessionario per conto dello Stato (cd. eccezione dell'azione *pour le compte de*), vedi CE, 10 mars 1971, *Maurin*, n. 76482; CE, 3 juin 2009, *Sté Aéroports de Paris*, n. 323594. Più di recente è emersa tuttavia una tendenza a restringere la portata di tale eccezione, facendo salva una qualificazione privatistica del rapporto contrattuale: TC, 9 juill. 2012, *Cie générale des eaux*, n. 3834, TC, 16 juin 2014, *Sté d'exploitation de la Tour Eiffel* n. 3944.

[5] E. Follieri, *op. cit.*, 638, riguardo al controinteressato, e 644: l'organo indiretto "è resistente in quanto, nell'espletamento dell'attività diretta a scegliere il contraente, è parte «pubblica». Si tratta, dunque, di una apparente eccezione al principio che parte resistente debba essere un soggetto pubblico".

[6] R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2011, 351; già CE 30 maggio 1913 *Préfet de l'Eure*.

[7] "La giurisdizione non può essere adita che per via di ricorso formato contro una decisione, e questo, nei due mesi a partire dalla notificazione o dalla pubblicazione della decisione attaccata.

Allorché la domanda tende al pagamento di una somma di danaro, essa non è ricevibile se non a seguito dell'intervento della decisione presa dall'amministrazione su una domanda preventivamente presentata" (R421-1 CJA). Persino la tradizionale eccezione dei lavori pubblici è stata di recente rimossa dal legislatore.

[8] M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, *Dir. proc. amm.*, 2018, 67 ss.

[9] Si tratta infatti di un processo che non può riguardare liti tra privati, ma che ha per oggetto l'impugnazione di un atto amministrativo, sicché non sono ammesse azioni dell'amministrazioni né in via diretta, né in via riconvenzionale: vedi, con i relativi riferimenti giurisprudenziali, F. Tesaurò, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2017, 58 ss..

[10] Nel sistema francese già CE, Ass., 1er juin 1956, *ville de Nîmes c/ Pabion*: l'amministrazione "non può formare un ricorso contro sé stessa" in via riconvenzionale.

[11] Da ultimo, invero, R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2017, ha sostenuto che, in conseguenza della riforma Madia, "la previsione di un termine perentorio per illegittimo esercizio di un potere di annullamento d'ufficio potrebbe produrre l'effetto di ampliare il perimetro di esperibilità del ricorso incidentale da parte delle amministrazioni resistenti in giudizio". Una siffatta e innovativa prospettazione non sembra però avere riscontri giurisprudenziali e il cui avvento, a nostro avviso, non è nemmeno augurabile, sulla scorta delle perplessità già evidenziate da M. Del Signore, *L' amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020, 38: "Si tratta di comprendere se così ricostruito il ricorso incidentale non finisca per rappresentare un'ipotesi di abuso di diritto. La scelta del legislatore di precludere all'amministrazione di intervenire su atti ampliativi oltre un certo limite temporale, e la conseguente valutazione in favore della necessità di una tutela privilegiata dell'affidamento del cittadino, verrebbe infatti stravolta attraverso l'espedito del ricorso incidentale".

[12] E. Follieri, *op. cit.*, 638: "del tutto non necessario ed inutile è il ricorso al giudice da parte della pubblica amministrazione che, attraverso l'esercizio dei poteri autoritativi, si impone ai destinatari della sua azione, con atti esecutivi ed esecutori, regolando il rapporto".

[13] Da ult., CE 24 février 2016, n° 395194, *département de L'Eure*: "è irricevibile la domanda di una collettività pubblica al giudice amministrativo perché pronunci una misura ch'essa ha il potere di prendere. In particolare, le collettività territoriali, che possono emettere *titres exécutoires* nei confronti dei loro debitori, non possono adire direttamente il giudice amministrativo con una domanda tendente al recupero del loro credito".

[14] F. Saitta, *Articolo 21 ter*, in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 445

[15] Vedi al riguardo l'approfondita panoramica di G. Grüner, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, il quale peraltro ben evidenzia come il tentativo di scimmiettare l'ordinamento inglese fosse anacronistico, poiché anche in quell'ordinamento con l'avanzare del diritto amministrativo l'esecutorietà si era da tempo incardinata.

La giurisprudenza continua tutt'oggi a parlare di un "principio" di esecutorietà, trovando anche argomento nel combinato disposto degli artt. 2, comma 1, e 21-quater della stessa legge: "al dovere di concludere il procedimento, previsto dall'art.2, comma 1, l. n.241/1990, si accompagna l'art. 21-quater della legge medesima, il quale dispone che 'i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente', sicché l'applicazione congiunta delle due disposizioni configura, in esplicazione del principio di esecutorietà dei provvedimenti amministrativi – ossia, della loro idoneità ad essere eseguiti, direttamente e coattivamente, dall'amministrazione senza necessità di precostituire un titolo esecutivo giudiziale – un poterdovere dell'amministrazione di portare ad effettiva attuazione i propri provvedimenti emessi al termine del procedimento." (Cons. st., sez. VI, n. 2565/2013). V. di recente *ex multis* Tar Calabria Catanzaro, sez. II, n. 1500/2020; Tar Campania Napoli, sez. VIII, n. 4515/2019; Tar Puglia Lecce, sez. I, n. 1837/2019; Tar Sicilia Palermo, sez. II, n. 1029/2019.

[16] Già E. Laffèrère, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887, I, 414 : "Bisogna guardarsi da una assimilazione troppo stretta tra il diritto privato e il diritto amministrativo. In diritto privato, una parte può sempre citare direttamente il suo avversario davanti ad un giudice al quale espone la propria pretesa... In diritto amministrativo, al contrario, la parte non può, in generale, citare direttamente in giudizio un'amministrazione pubblica dinanzi la giurisdizione amministrativa per fare giudicare de plano le sue pretese; egli non può che deferire gli atti, le decisioni dell'amministrazione che pretende contrari ai suoi diritti. Questi atti o decisioni sono in qualche sorta la materia prima del dibattito contenzioso, se non esistono, bisogna che la parte li provochi al fine di poterli denunciare al giudice .. il Conseil d'État è il giudice degli *actes de gestion* e degli *actes de puissance publique* emanati da l'amministrazione tutte le volte che un altro giudice non ha ricevuto la missione di conoscerne".

In nota precisa: "Questa regola soffre eccezione in certe contestazioni sottoposte ai consigli di prefettura, che possono farsene carico de plano senza che una *décision administrative préalable* sia necessaria per la ricevibilità dell'azione (per esempio, le domande d'indennità per danni causati dai lavori pubblici; per l'estrazione dei materiali, etc.). Ma queste sono delle eccezioni che confermano la regola".

In sede di ricostruzione storica del ricorso di piena giurisdizione di fronte al *Conseil d'Etat*, lo ricorda anche S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 129: "almeno nella materia contrattuale, la giurisdizione amministrativa

opera nei due sensi, sia per un privato che proponga azione contro l'amministrazione, sia per l'amministrazione che proponga azione contro un privato”.

[17] Di recente, sembra riportare più ad una ragione “tecnica” che processuale l'origine di queste eccezioni, ovvero sia alla necessità, stabilita dalla legge, di rivolgersi ad un organo consultivo composto da ingegneri e capace di determinare il danno, J. Ziller, *Verwaltungsgerichtsbarkeit: Frankreich*, in A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón and PM Huber (eds), *Ius Publicum Europaeum*, Band VIII. Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, 2nd edn (Heidelberg, CF Müller), p. 205: “Con la legge del 28 Pluviôse dell'anno VIII (17 febbraio 1800), che ha portato alla riforma territoriale e amministrativa napoleonica (*loi concernant la division du territoire de la République et l'administration*), sono stati anche istituiti i *Conseils de préfecture*. In linea di principio, i ministri rimanevano giudici ordinari di primo grado (*juges de droit commun de premier ressort*) ma solo in modo residuale, perché gran parte delle controversie amministrative era in realtà assegnata a questi organi collegiali consultivi separati dalla cosiddetta amministrazione attiva, ossia dagli organi con poteri decisionali.

Questa legge del 28 Pluviôse dell'anno VIII conferiva ai *Conseils de préfecture*, composti da ingegneri e amministratori, giurisdizione in materia di edilizia pubblica e ingegneria civile (*travaux publics*), imposte dirette e vendita di proprietà demaniale, e una legge del 29 Floréal dell'anno X (19 maggio 1802) le cosiddette *contraventions de voirie* (sanzioni amministrative per danni al demanio). Il CE era l'organo di appello sia per le decisioni dei ministri che per quelle dei *Conseils de préfecture*. Va notato che questo riparto della giurisdizione ha portato allo sviluppo di competenze legali e tecniche in materia di responsabilità nei *Conseils de préfecture* e nel CE, poiché essi dovevano risarcire i danni arrecati da privati al demanio, così come soprattutto i danni subiti da privati a causa di opere di ingegneria civile o a causa dello stato di strade, ponti ed edifici demaniali. Questo spiega perché fu facile per il *Tribunal des Conflits* nel caso *Blanco* nel 1873 affidare alla magistratura amministrativa la giurisdizione in materia di responsabilità pubblica”.

[18] Già CE 30 mai 1913 *Préfet de l'Eure*. Vedi le conclusioni di Luc Derepas nel caso *Cne de Lattes* del 2007 (2 juillet 2007, n° 294393): “la volontà di limitare il carattere unilaterale dell'azione amministrativa e la preoccupazione di lasciare ai meccanismi contrattuali tutto il loro spazio, compreso ciò che concerne il ruolo del giudice del contratto, vi ha portato a riconoscere la possibilità per l'amministrazione, parallelamente alla *procédure de l'état exécutoire*, di domandare a questo giudice di condannare il cocontrattante a pagare le somme che deve in applicazione della clausole contrattuali”.

[19] CE 24 février 2016, n° 395194, *département de L'Eure*, cit. ... Vedi anche le conclusioni di M. Gilles Pellissier che dà conto della progressiva espansione della evocata eccezione.

Non vanno inoltre dimenticate le espresse previsioni codicistiche che consentono di adire il *juge des référés* (R. 541-1 e R532-1 CJA).

[20] Già Consiglio d'Intendenza Generale di Alessandria, sentenza 6 marzo 1845, *ivi*, 1850, 127, riguardante opere praticate da un privato col mezzo di alzamento di diga in un fiume regale a danno di un terzo: “la contestazione si ridurrebbe tra privato e privato per interesse meramente privato, senza che siavi interessato quello del pubblico, per cui ne verrebbe che il tribunale amministrativo non potrebbe giudicare la controversia in così fatto modo stabilita, perché eccederebbe la sfera della sua competenza”. Tuttavia, non era un limite assoluto, come mostra l'articolo 22, n. 8 delle regie patenti 31 di cembre 1840, giusta il quale furono attribuite alla cognizione dei Consigli d'intendenza le controversie relative ai danni cagionati a terzi dal fatto degli imprenditori nell'eseguimento dei lavori pubblici dalle amministrazioni ordinanti, pur precisando Consiglio d'Intendenza Generale di Casale, sentenza 16 aprile 1845, *ivi*, 1850, 279, che doveva trattarsi di controversia insorta per danni provenienti da lavori “in attuale esecuzione”, e non quelli già “condotti a fine e collaudati”.

[21] Basti ricordare quanto affermato da Silvio Spaventa nel famoso discorso di Bergamo del 7 maggio 1880, in ciò che Egli riteneva di positivo nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo: “abolire quell'istituto, nei termini in cui si trovava costituito poiché l'usurpazione mostruosa, che gli era stata permessa, di giudicare anche sopra controversie di puro privato diritto, - *inter privator et firum* - non era più tollerabile, anche se ai suoi giudici fosse stata data l'indipendenza e le garentie di procedimento concesse e prescritte ai giudici ordinari”.

Non a caso, nelle riforme della seconda metà del XIX, si è visto recidere quel nesso tra obbligazioni e atti amministrativi presente sin dalle origini del contenzioso amministrativo: F. Merusi, *Dal 1865 ... e ritorno ... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671.

[22] Puntualmente E. Follieri, *op. cit.*, 648, “È ... accaduto che l'attribuzione delle materie in via esclusiva al giudice amministrativo, ha determinato una «pubblicizzazione» dei rapporti attraverso l'applicazione dei principi relativi all'azione autoritativa anche nel caso dei diritti soggettivi obblighi”. Vedi su questi sviluppi della giurisdizione esclusiva, M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 88ss..

[23] La vicenda è ben riportata da E. Follieri, *op. cit.*, 649.

[24] E' all'insegna di una siffatta discutibile vulgata che si basa, non a caso, tutto un impegno monografico per valorizzare la domanda riconvenzionale, A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

[25] E. Follieri, *op. cit.*, 650 ss..

[26] S. Veneziano, *Ampliamento dell'oggetto del giudizio "amministrativo" risarcitorio: domanda riconvenzionale e chiamata in giudizio del terzo*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3081 ss..

Di lì a poco verrà pubblicata una prima monografia sulla domanda riconvenzionale: A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

[27] Vedi G. Eveillard, *Le juge administratif et les astreintes prononcées contre les personnes privées*, comm. CE, 5 févr. 2014, n° 364561, in *Droit Administratif*, 2015, 36 ss..

[28] Per una critica alla tendenza della Cassazione ad intromettersi in materia di responsabilità derivante da rapporti di diritto pubblico, M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011. Da ult., su queste tematiche, G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (Nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, e M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, entrambi in *questa Rivista*, 2020.

[29] *Ex multis* Cass. s.u. n. 6019/2016: «costituisce principio pacifico e risalente nella giurisprudenza di legittimità che l'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile ... può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene solo mediante concessione amministrativa».

[30] R. Chapus, *op. cit.*, 478.

[31] In senso contrario, Cons. st. IV, n. 2833/2015; Ad. pl. n. 28/2012 cit.. Anche M. L. Guida, *L'esecuzione coattiva delle pretese amministrative*, in *Federalismi*, 2017, 6, ritiene che "il criterio dell'alternatività degli strumenti di tutela (e quindi dell'inesistenza di un obbligo di agire in autotutela e della facoltà di avvalersi anche degli strumenti di tutela giurisdizionale ordinari) appare tuttavia il più affidabile".

Ma già E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 123: "In virtù del principio dell'esecutorietà, l'autorità amministrativa di solito non promuove giudizi, ma si avvale del potere di autotutela. Pure può accadere che preferisca rendersi attrice, sia perché voglia realizzare l'effetto pratico ripromessosi assistita dalla particolare autorità della cosa giudicata, sia perché l'effetto non sia conseguibile con l'esecutorietà, sia ancora perché questa nella specie manchi".

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2089 – 24 dicembre 2021

Il termine dei motivi aggiunti in materia di contratti pubblici e l'incertezza della Corte Costituzionale (nota a Corte Cost. 28 ottobre 2021, n. 204)

di Antonella Mirabile

Sommario: 1. Premessa: la questione del termine di impugnazione in materia di appalti pubblici. – 2. Il contesto normativo. – 3. La questione rimessa alla Corte Costituzionale e le motivazioni a sostegno del rigetto. – 4. Considerazioni conclusive.

1.- Premessa: la questione del termine di impugnazione in materia di appalti pubblici.

La Corte Costituzionale, su ordinanza di rimessione del Tar Puglia - Lecce[1], con la sentenza del 28 ottobre 2021, n. 204 è tornata ad affrontare la questione relativa al termine di impugnazione degli atti delle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici di appalto e di concessione di lavori, servizi e forniture[2].

Le questioni attinenti al termine decadenziale di impugnazione hanno, in generale, da sempre sollevato molteplici riflessioni dottrinali[3].

Con riguardo, poi, alla materia dei contratti pubblici la questione ha sollecitato molteplici pronunce[4] e l'interesse dottrinale[5] a fronte anche della accelerazione dei termini previsti per tale rito speciale.

La Consulta, con la sentenza in commento, sembra aver dato la stura all'interpretazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020, sancendone in via definitiva la conformità all'articolo 24 della Costituzione.

Tale pronuncia merita, tuttavia, di essere analizzata criticamente poiché, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, il dato testuale dell'articolo 120, comma 5, c.p.a., oltre che la vigente disciplina sostanziale, in assenza del necessario intervento legislativo, lasciano tutt'ora aperte alcune questioni di compatibilità con il diritto europeo e, in particolare, con la direttiva 2007/66/CE, le quali vanno ad incidere non solo sugli aspetti processuali, ma anche e, soprattutto, su quelli sostanziali.

2.- Il contesto normativo.

Per comprendere appieno i termini della questione esaminata dalla Consulta nella sentenza in commento è necessario preliminarmente chiarire il relativo contesto normativo.

La materia dei contratti pubblici ha una spiccata matrice europea ed è anzi pressoché la sola materia nella quale il legislatore europeo si è spinto a disciplinare non solo gli aspetti sostanziali, ma anche quelli processuali.

Con le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE (le c.d. "direttive ricorsi"), così come modificate dalla direttiva 2007/66/CE e dalla direttiva 2014/23/UE, il legislatore europeo è andato a disciplinare, in tale materia, gli aspetti relativi alla proposizione di ricorsi al fine precipuo di garantirne l'effettività della tutela e, in questo modo, assicurare il rispetto della normativa sostanziale da parte degli Stati membri, dando di fatto vita ad una giurisdizione di tipo oggettivo^[6].

Uno degli elementi centrali nella disciplina europea, tanto sostanziale quanto processuale, è rappresentato dalla necessità di garantire un notevole aumento delle garanzie di trasparenza e non discriminazione in tale materia. Per far sì che tali garanzie avessero effetti concreti, il legislatore europeo ha ritenuto che dovessero essere previsti mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di loro violazione^[7].

La questione relativa al termine per proporre ricorso, in particolare, è stata presa in esame dalla direttiva 2007/66, soprattutto con riferimento alla necessità di avere un termine certo per superare una delle criticità riscontrate nell'applicazione delle direttive ricorsi, vale a dire «*l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto*»^[8].

La previsione di un termine certo per proporre il ricorso, difatti, ha una valenza non solo processuale, ma anche e soprattutto di natura sostanziale.

Proprio a partire dalla riforma del 2007, per ovviare agli effetti lesivi e irreversibili della immediata stipulazione del contratto a seguito dell'aggiudicazione, è stato introdotto il c.d. *stand still period*^[9], vale a dire un termine «*sospensivo*»^[10] tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto. Questo termine dilatorio è stato previsto proprio per «*concedere agli offerenti*

interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso»[11].

Il termine per proporre il ricorso, sia nelle direttive, sia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia[12], dovrebbe cominciare a decorrere dalla comunicazione dell'aggiudicazione solo se tale comunicazione contiene le motivazioni specifiche che hanno determinato tale scelta, di modo che l'interessato possa rendersi conto degli eventuali vizi della procedura e dell'aggiudicazione e, quindi, decidere in maniera consapevole se impugnare o meno la decisione ad esso sfavorevole.

Nell'ordinamento italiano, fino al recepimento della direttiva del 2007, con il d.lgs. 53/2010, ai sensi dell'art. 23-*bis* della l. Tar, anche al rito abbreviato per le controversie inerenti le procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture si applicava il termine di impugnazione generale di 60 giorni, decorrenti dalla notifica del provvedimento ovvero dal momento della piena conoscenza o, nel caso degli atti per i quali non era richiesta la notifica individuale, dalla scadenza del termine della pubblicazione nell'albo.

Con il recepimento[13], ad opera del d.lgs. 53/2010, della direttiva del 2007 è stato modificato l'articolo 245 del d.lgs. 163/2006 (di seguito "primo codice appalti") sugli strumenti di tutela. Con tale modifica, pur continuandosi ad applicare il rito abbreviato di cui all'art. 23-*bis* della l. Tar, veniva prevista, al comma 2-*quinquies*, la riduzione del termine di impugnazione a 30 giorni, decorrenti dalla comunicazione degli atti ai sensi dell'art. 79 del medesimo codice ovvero con riferimento all'impugnazione dei bandi o degli avvisi, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale di cui all'art. 66, comma 8.

Il d.lgs. 53/2010, peraltro, introduceva proprio all'art. 79 una forma di accesso informale agli atti di gara stabilendo, al comma 5-*quater*[14], che i partecipanti alla gara entro 10 giorni dal ricevimento delle previste comunicazioni[15] potessero prendere visione ed estrarre copia della documentazione semplicemente recandosi presso gli uffici dell'amministrazione.

Sempre nel 2010, con il d.lgs. 104/2010 e, quindi, con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo (di seguito c.p.a.) le norme di carattere processuale sono confluite in quest'ultimo e, pertanto, per la disciplina dei giudizi in materia di contratti pubblici le disposizioni di riferimento sono confluite negli articoli 119 e 120 e seguenti, mantenendo di fatto la configurazione di un rito abbreviato comune ad altre materie con la peculiarità della riduzione del termine di impugnazione a 30 giorni[16].

Per la determinazione del *dies a quo* il c.p.a. rinviava e, tutt'ora rinvia, alla disciplina sostanziale delle comunicazioni e pubblicazioni di cui detto sopra, salvo il criterio residuale - «negli altri casi» - della decorrenza dalla conoscenza dell'atto.

Già in questa fase di relativa chiarezza normativa, la dottrina[17] e la giurisprudenza[18] ravvisavano delle perplessità riguardo, essenzialmente, la sussistenza di una sorta di onere di ricorrere "al buio", vale a dire prima di avere la piena conoscenza degli eventuali vizi della procedura.

Per contemperare, quindi, la necessità di garantire l'effettività della tutela e, al contempo, la certezza del diritto, si era andata consolidando in giurisprudenza una interpretazione di tali disposizioni maggiormente garantista, la quale distingueva, per l'individuazione del termine

e del *dies a quo*, a seconda della completezza ed esaustività della comunicazione di aggiudicazione *ex art. 79* del primo codice appalti, arrivando a consentire un incremento del termine di impugnazione di massimo 10 giorni, pari ai giorni necessari per poter avere una piena conoscenza degli atti tramite l'accesso informale di cui all'*art. 79*, comma 5-*quater*[19].

Qualora, poi, l'accesso fosse stato illegittimamente rifiutato o dilazionato per causa dell'amministrazione, il termine avrebbe cominciato a decorrere solo dalla data in cui l'accesso era stato effettivamente consentito[20].

L'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 (secondo codice contratti pubblici) ha complicato ulteriormente il quadro normativo[21]. Difatti, pur abrogando integralmente il primo codice e, quindi, anche le norme alle quali l'*art. 120*, comma 5 c.p.a. rinviava per determinare il termine di impugnazione, il legislatore non è intervenuto a modificare tale ultima disposizione normativa in modo tale da coordinare i testi normativi e, quindi, consentire di individuare in maniera certa il termine di impugnazione e il momento della sua decorrenza.

Peraltro, a fronte del mancato coordinamento legislativo, ulteriore elemento di complicazione è venuto dal fatto che sia stata abolita dal nuovo codice la procedura di accesso informale che prima era prevista dall'*art. 79*, comma 5-*quater*[22] e che, come visto, aveva consentito alla giurisprudenza di estendere il termine di impugnazione fino a 40 giorni.

Come ormai di sovente accade, ancora una volta è stata la giurisprudenza a doversi fare carico delle mancanze del legislatore[23].

Al riguardo, si sono venuti a formare due distinti ed opposti orientamenti giurisprudenziali. Un primo, rimanendo nel solco della giurisprudenza che si era consolidata prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, ha ritenuto che il richiamo all'*art. 79* del primo codice dei contratti dovesse, ora, intendersi rivolto all'*art. 76* e che a fronte del diverso contenuto delle due norme comunque si sarebbe dovuta riconoscere ai ricorrenti una dilazione temporale da determinarsi in 15 giorni, quale termine previsto dal nuovo codice per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato[24].

Il secondo orientamento, al contrario, ha ritenuto che l'abrogazione dell'*art. 79* del primo codice abbia reso irrilevante il richiamo ad esso contenuto nell'*art. 120*, comma 5, c.p.a.. Questo avrebbe comportato che il termine di 30 giorni dovrebbe decorrere dalla comunicazione di aggiudicazione o, in sua mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia acquisito *aliunde*. L'effettività della tutela, secondo questa interpretazione, sarebbe fatta salva dalla possibilità di proporre motivi aggiunti qualora la conoscenza dei vizi dell'aggiudicazione sia avvenuta in un momento successivo rispetto alla comunicazione[25].

Nel quadro, tutt'altro che chiaro determinato dal mancato necessario coordinamento legislativo, venivano chiamate - tra l'altro a distanza di un mese l'una dall'altra - a sciogliere tale questione sia la Corte costituzionale sia l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[26].

L'Adunanza Plenaria, pur segnalando al Consiglio dei Ministri la necessità di una modifica legislativa, si è comunque pronunciata con la sentenza del 2 luglio 2020, n. 12 andando a delineare i principi di diritto da seguire nell'interpretazione dell'immodificato disposto

dell'art. 120, comma 5 c.p.a., i quali di fatto rimangono nel solco dell'interpretazione giurisprudenziale antecedente al d.lgs. 50/2016.

In particolare, la Plenaria ha affermato i seguenti principi di diritto: *«a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;*

b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati».

3.- La questione rimessa alla Corte Costituzionale e le motivazioni a sostegno del rigetto.

Per quanto riguarda la Corte Costituzionale la sentenza 28 ottobre 2021, n. 204, oggetto di commento in questa sede, è stata sollecitata dal Tar Puglia, Lecce, con particolare riferimento al termine per la proposizione di motivi aggiunti.

Il Tar Lecce ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 5, c.p.a. nella parte in cui tale norma faceva (e fa tutt'ora) decorrere il termine di trenta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 79 del d. lgs. n. 163/2006, per contrasto con il diritto di difesa e il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Costituzione, *«poiché equiparando il termine per la proposizione dei motivi aggiunti a quello per la proposizione del ricorso, impedisce di fatto la tutela giurisdizionale della parte ricorrente avverso i vizi di legittimità del provvedimento di aggiudicazione rivelati dagli atti e dai documenti successivamente conosciuti».*

Nel caso oggetto di giudizio, difatti, la società ricorrente, a seguito della comunicazione di aggiudicazione di un appalto di servizi a favore della controinteressata, datato 29 maggio 2019, impugnava tempestivamente, con ricorso ex art. 120 c.p.a, gli esiti di tale gara.

Fin dal 30 maggio 2019 la ricorrente chiedeva di accedere agli atti di gara, accesso che la stazione appaltante consentiva solo il 15 luglio successivo.

A seguito dell'accesso, la società ricorrente proponeva ricorso per motivi aggiunti notificandolo in data 31 luglio 2019.

Tali motivi aggiunti, secondo il Tar Lecce, in applicazione del disposto, ritenuto incostituzionale, dell'art. 120, comma 5, c.p.a., sarebbero stati tardivi poiché anche per essi il *dies a quo* di decorrenza del termine di impugnazione sarebbe stato il 29 maggio, quale data della comunicazione di aggiudicazione.

Il Tar, difatti, riteneva di essere vincolato all'applicazione di tale disposizione nell'univoco senso espresso dalla lettera della stessa, la quale riconetterebbe la decorrenza del termine, sia per il ricorso principale sia per i motivi aggiunti, alla sola ricezione della comunicazione di aggiudicazione inviata agli operatori concorrenti alla gara ai sensi dell'abrogato art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Tuttavia, dal momento che i vizi da porre a base dei motivi aggiunti ben potrebbero essere conosciuti solo in data successiva a tale ricezione, in forza dell'accesso agli atti di gara, tale regime processuale sarebbe palesemente in contrasto con l'art. 24 Cost., perché, comportando la decorrenza del termine per la proposizione dei motivi aggiunti in un momento antecedente alla effettiva cognizione del vizio, impedirebbe "di fatto" la tutela giurisdizionale.

Il giudice *a quo* riteneva di non poter operare una interpretazione costituzionalmente orientata dal momento che *«se è vero che il giudice deve interpretare le leggi in conformità ai principi costituzionali, applicando direttamente la Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile - e, quindi, potendo (o meglio dovendo) trovare un significato meno prossimo alla "lettera" della legge ove questo assicuri maggiore conformità alla "lettera" e allo "spirito" della Costituzione e rimettendo la decisione alla Corte costituzionale ove non sia possibile un'interpretazione "adeguatrice" - ciò non significa, però, che la cosiddetta "lettera" possa essere travalicata attraverso l'interpretazione, al punto di pervenire ad una vera e propria "disapplicazione" del testo normativo»*.

La Corte Costituzionale, tuttavia, ha ritenuto non fondata la questione sollevata dal Tar Lecce.

In primo luogo, ha ritenuto che non sussistesse alcuno ostacolo alla praticabilità dell'interpretazione adeguatrice di tale disposizione, come dimostrato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Difatti, il richiamo all'articolo 79 del d.lgs 163/2006 contenuto al comma 5, dell'art. 120 c.p.a., oggi da riferirsi all'art. 76 del d.lgs. 50/2016, non sarebbe riferito solo alla comunicazione di aggiudicazione, ma anche a tutte le informazioni successive. Il rinvio al testo integrale della disposizione e, dunque anche alle attività conseguenti alla (eventuale) richiesta di accesso, consentirebbe di *«ricondurre nel cerchio delle interpretazioni compatibili con la lettera della legge, secondo il contesto logico-giuridico al quale pertiene la norma, la lettura che impone una dilazione temporale, correlata all'esercizio dell'accesso nei quindici giorni previsti attualmente dall'art. 76 del vigente "secondo" cod. dei contratti pubblici (e, in precedenza, ai dieci giorni indicati invece dall'art. 79 del "primo" cod. contratti pubblici)»*[27].

Sia consentito, tuttavia, rilevare sin da ora, come la Corte Costituzionale non abbia correttamente letto la pronuncia della Plenaria[28], laddove è stato evidenziato dai giudici di

Palazzo Spada come l'articolo 76 del nuovo codice dei contratti non preveda una forma di accesso informale ai documenti, bensì la mera comunicazione, su richiesta scritta dell'offerente, della motivazione della decisione assunta.

Il termine di 15 giorni contenuto nell'art. 76, comma 2 è stato, difatti, creativamente[29] e in maniera non del tutto chiara[30] utilizzato dalla Plenaria per individuare, da un lato, un termine entro il quale l'amministrazione dovrebbe rispondere all'accesso informale ex art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006, per poter conseguentemente applicare la dilazione del termine di impugnazione ovvero per individuare comportamenti dell'amministrazione aggiudicatrice idonei ad impedire l'accesso agli atti e, quindi, idonei a far decorrere il termine solo dal momento della conoscenza di tali atti e, dall'altro lato, sembra essere stato utilizzato per individuare il termine entro il quale l'operatore economico debba instare per accedere agli atti.

La Consulta ha, poi, affermato che contrariamente a quanto sostenuto dal giudice *a quo* l'abrogazione dell'articolo 79 non rappresenta un ostacolo all'applicabilità dell'articolo 76 dal momento che «*la lettera della legge, per la parte in cui dispone un rinvio ad una disposizione successivamente abrogata, non è un ostacolo, ma al contrario il punto di partenza che onera l'interprete del compito di assegnare alla norma il significato che essa acquisisce, a seguito dell'abrogazione della disposizione oggetto di rinvio*»[31].

Il riferimento all'articolo 76 sarebbe comunque da riferirsi secondo la Corte non solo al secondo comma, ma anche al primo. Si confermerebbe in questo modo l'articolata interpretazione prospettata dall'Adunanza Plenaria secondo la quale il termine inizierebbe a decorrere dalla comunicazione di aggiudicazione, fatto salvo il meccanismo della dilazione temporale.

Per queste ragioni non vi sarebbe, contrariamente a quanto affermato dal giudice *a quo*, «*alcun impedimento letterale o logico ad adottare l'interpretazione della norma censurata propugnata dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria, avallata dalla Adunanza plenaria*».

La Corte, superato lo “scoglio” dell'impedimento letterale – che a giudizio di chi scrive avrebbe dovuto essere maggiormente approfondito e della cui superabilità si dubita fortemente[32] - è venuta ad esaminare la conformità al disposto dell'art. 24 Cost. del termine di proposizione dei motivi aggiunti.

A questo proposito, la Consulta ha osservato che «*prevedere che il termine di decadenza per proporre i motivi aggiunti maturi, nonostante il vizio non fosse conoscibile mediante l'impiego della ordinaria diligenza, comporterebbe una arbitraria e irragionevole compressione del diritto di agire (ex plurimis, sentenze n. 271 del 2019 e n. 94 del 2017)*».

Una previsione di questo tipo sarebbe in contrasto anche con il diritto europeo il quale invece «*esige che il termine per proporre ricorso decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della illegittimità che intende denunciare (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 28 gennaio 2010, in causa C-406/08, Uniplex, UK, Ltd, e ordinanza 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa sociale Onlus), formulando così una regola che, in tale settore, concerne sia il ricorso principale, sia la proposizione di motivi aggiunti*».

La Corte ha, quindi, ritenuto che l'interpretazione dell'art. 120, comma 5 avallata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sia compatibile con l'art. 24 Cost. e con il diritto UE poiché «assicura, mediante il meccanismo della cosiddetta dilazione temporale per i casi di accesso tempestivamente soddisfatto dall'amministrazione, che il termine per proporre i motivi aggiunti, pur decorrendo, per l'ipotesi prevista dalla disposizione censurata, dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione, sia ugualmente pieno.

Parimenti, per il caso in cui l'amministrazione, invece, neghi l'accesso o lo procrastini con condotte

dilatorie, il termine, secondo tale lettura esegetica, decorre, quanto ai vizi non percepibili innanzi, dalla data di effettiva conoscenza degli atti di gara, sicché con ciò si assicura alla parte ricorrente di poter usufruire dei trenta giorni assegnati dall'art. 120 cod. proc. amm. per articolare le proprie censure in giudizio».

4.- Considerazioni conclusive.

Il giudizio sulla pronuncia in commento non può essere di certo positivo.

Essa rappresenta l'ennesima occasione persa per modificare una norma assolutamente non chiara e del pari per sanzionare un legislatore non solo inerte, ma di fatto assolutamente non intenzionato ad intervenire per rendere l'imprescindibile coordinamento legislativo a distanza di ormai ben 5 anni dalla avvenuta abrogazione del d.lgs. 163/2006 ad opera del d.lgs. 50/2016.

Difatti, come ricordato, il Consiglio di Stato, ha doverosamente segnalato al Consiglio dei Ministri tale mancanza di coordinamento, ai sensi dell'art. 58 del R.D. 444/1942[33], evidenziando la necessità che venisse disposta «una modifica legislativa ispirata alla necessità che vi sia un 'sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile', disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea»[34]. Tuttavia, a distanza di più di un anno dalla segnalazione del Consiglio di Stato e a fronte di molteplici interventi normativi (l'ultimo dei quali con d.l. 77/2021 c.d. "semplificazioni bis", convertito, con modificazioni, nella legge 108/2021), intervenuti sia sulla disciplina sostanziale di cui al d.lgs. 50/2016 sia su quella processuale, risulta evidente l'intento del legislatore di scoraggiare i ricorsi in materia di contratti pubblici, anche sotto il profilo dei termini di impugnazione[35].

Il termine di impugnazione di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a., nonostante e anche a causa dell'interpretazione creativa del giudice amministrativo, continua ad essere tutt'altro che preciso, chiaro e prevedibile come invece richiederebbe la pacifica giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale - come correttamente rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - «gli Stati membri hanno l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi (Corte di Giustizia, 14 febbraio 2019, in C-54/18, punto 29; 7 novembre 1996, in C-221/94, punto 22; 10 maggio 1991, in C-361/88)».

Nell'interpretazione dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020, così come avallata dalla Corte Costituzionale, né il termine stesso né il momento da cui tale termine comincerebbe a decorrere si può dire chiaro, preciso o prevedibile.

A seconda del comportamento più o meno diligente delle parti il termine di impugnazione può, difatti, variare dai 30 ai 45 giorni.

L'art. 76 del nuovo codice dei contratti pubblici, a differenza dell'art. 79 del primo codice^[36], non prevede un contenuto minimo della comunicazione di aggiudicazione né, tantomeno, un termine entro il quale esercitare l'accesso informale alla documentazione di gara.

Ne consegue che, secondo l'interpretazione accolta dal Consiglio di Stato e dalla Corte Costituzionale, il termine di 30 giorni comincerà a decorrere dalla comunicazione di aggiudicazione solo se l'amministrazione, pur in assenza di un referente normativo, sarà stata autonomamente diligente nel rendere una comunicazione quanto più completa possibile e, parimenti, se sarà stata altrettanto diligente nel pubblicare i propri atti sul profilo committente, così come disposto dall'art. 29.

In tutti gli altri casi, che, ovviamente, come accade nel nostro sistema sono e saranno la norma, il termine sarà dilazionato di al massimo 45 giorni, senza che tuttavia ciò sia chiaramente evincibile dalla disposizione legislativa.

Il termine dilazionato di 45 giorni, nell'interpretazione in commento, sembrerebbe poter essere concesso agli operatori economici solo nel caso in cui questi si attivino tempestivamente per accedere agli atti^[37].

Non è chiaro, però fino a quando possa considerarsi tempestiva l'istanza d'accesso né sotto quale forma debba essere presentata.

Non vi è norma alcuna che preveda il termine entro il quale gli interessati debbano richiedere di accedere alla documentazione di gara come, invece, era previsto nella vigenza dell'art. 79 e risulta poco chiara anche la statuizione della Plenaria sul punto, la quale sembrerebbe rinviare al termine di 15 giorni di cui all'art. 76, comma 2^[38]. Tale termine, tuttavia, nella chiara lettera della disposizione è imposto, più che all'operatore economico, all'amministrazione per fornire le (sommarie) informazioni ivi elencate.

In ordine, poi, alla effettiva praticabilità della soluzione accolta dalla Plenaria, secondo la quale a seguito della mancata previsione di un accesso informale agli atti di gara si debbano applicare le disposizioni generali sull'accesso informale di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006^[39], si deve considerare che tale disposizione esclude la possibilità dell'accesso informale nel caso in cui siano individuabili dei controinteressati, prevedendo che l'amministrazione, in questi casi, inviti l'interessato a presentare una richiesta formale di accesso.

Risulta evidente, quindi, come tale disposizione non possa applicarsi in pressoché nessun caso *in subiecta materia*, poiché la documentazione idonea a consentire la valutazione circa la proponibilità o meno del ricorso – e a cui fa riferimento la stessa Plenaria, poiché non soggetta a pubblicazione ai sensi dell'art. 29 – è generalmente rappresentata dalla documentazione di gara o dalle giustificazioni rese in sede di verifica di anomalia dell'offerta dall'aggiudicatario e, eventualmente, da altri concorrenti.

Le stazioni appaltanti, qualora venga loro richiesto di accedere in maniera informale, non potranno fare altro che invitare gli interessati a presentare una istanza di accesso formale ai

sensi dell'art. 53 del codice per il quale, tuttavia, l'amministrazione ha, quale termine di riscontro, quello generale di 30 giorni di cui all'art. 25 della l. 241/1990.

In tali casi, potrebbe non essere applicabile il termine dilazionato di ulteriori 15 giorni, così come vorrebbe la giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato. Questo poiché, salvo che gli operatori economici non facciano immediatamente accesso agli atti, non ci sarebbero da un punto di vista tecnico i 15 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione.

Difatti, la stazione appaltante, una volta ricevuta l'istanza di accesso – che dovrà necessariamente essere formale – dovrà, ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. n. 184 del 2006, comunicare ai controinteressati la presentazione di tale richiesta. I controinteressati avranno, a loro volta, 10 giorni per opporsi all'accesso motivando e comprovando che le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima costituiscono segreti tecnici o commerciali.

Solo in caso di mancata opposizione, quindi trascorsi già almeno 10 giorni dalla istanza di accesso, l'amministrazione potrà ostendere la documentazione richiesta.

Viceversa, l'amministrazione dovrà valutare, facendo così trascorrere ulteriore tempo, l'effettiva sussistenza dei rilevati segreti tecnici o commerciali e, quindi, o negare l'accesso ovvero consentirlo solo con riferimento ai documenti nei quali non sono contenuti tali segreti tecnici o commerciali.

In questo modo, gli operatori economici vengono, di fatto, onerati a richiedere immediatamente l'accesso agli atti per poter realmente fruire della dilazione temporale riconosciuta dalla giurisprudenza.

Dal momento, poi, che la giurisprudenza amministrativa sembra aver collegato la decorrenza del termine di trenta giorni dal momento di effettivo accesso agli atti al comportamento tenuto dall'amministrazione, nei casi in cui l'accesso avvenga dopo più di 15 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione (e quindi non si possa applicare il termine dilazionato), per individuare il momento di decorrenza del termine dovrà valutarsi caso per caso se il comportamento tenuto dall'amministrazione sia da considerarsi dilatorio o diligente, con tutto ciò che ne comporta in termini di certezza.

In conseguenza di ciò, qualora non siano riscontrabili vizi della procedura né dalla comunicazione di aggiudicazione né dagli atti pubblicati nel profilo committente ai sensi dell'art. 29, gli operatori economici, nell'incertezza di quale possa essere l'effettivo termine di impugnazione, potrebbero sentirsi costretti, al fine di non decadere dalla possibilità di impugnare gli atti di gara, a dover esperire, ancora una volta, un ricorso “al buio”.

La Plenaria rispetto a tale questione è stata abbastanza *tranchant* nell'escludere la necessaria previa proposizione di un ricorso “al buio”.

Tuttavia, anche in relazione a tale aspetto ha affermato in maniera non chiara che rileverebbe il «tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del 'secondo codice'», il quale, tuttavia, come detto sopra, stando al tenore letterale di tale disposizione, non sarebbe compatibile con la dilazione massima di 15 giorni garantita giurisprudenzialmente.

Ulteriore profilo di incompatibilità con il diritto europeo è, a parere di chi scrive^[40], rappresentato dal mancato coordinamento del termine creato giurisprudenzialmente con quello di *stand still* sostanziale.

La direttiva 2007/66, come ricordato al paragrafo 2, ha collegato in maniera pressoché inscindibile il termine per presentare ricorso al termine dilatorio tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto (c.d. *stand still*).

E questo era proprio il perno della riforma del 2007^[41].

Il quadro attuale, delineato dal mancato intervento legislativo e dalla giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato, ha comportato e comporta un disallineamento tra il periodo di *stand still*, individuato dall'art. 32, comma 9 del nuovo codice appalti in 35 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione e l'incerto termine di impugnazione che, come abbiamo visto, può arrivare anche a 45 giorni (se non oltre in caso di comportamento dilatorio dell'amministrazione).

Questo comporta che trascorsi 35 giorni l'amministrazione, salvo che non provveda prima in via d'urgenza, ben possa sottoscrivere con l'aggiudicatario il contratto, con tutto ciò che ne potrebbe derivare in termini di effettività della tutela.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra non si può, pertanto, dire che la sentenza della Corte Costituzionale in commento abbia definitivamente chiuso la questione.

Solo un concreto intervento legislativo potrebbe sanare le incongruenze che si sono venute a creare nel nostro sistema^[42].

L'intervento, tuttavia, non dovrebbe riguardare il solo articolo 120 c.p.a., ma dovrebbe andare a dare maggiore consistenza anche alle norme di carattere sostanziale.

In particolare, sarebbe auspicabile, per favorire la celerità e garantire la stabilità del rapporto nel più breve tempo possibile, l'individuazione puntuale della forma e degli elementi essenziali della comunicazione di aggiudicazione.

Inoltre, a fronte della digitalizzazione delle gare, per tutelare l'interesse degli eventuali concorrenti pretermessi di esaminare la documentazione della aggiudicataria e, quindi, consentirgli di assicurarsi una rapida piena conoscenza degli eventuali vizi della gara e, allo stesso tempo, per tutelare l'interesse alla riservatezza dell'aggiudicatario, dovrebbe essere previsto che la documentazione dell'aggiudicataria, eventualmente epurata degli elementi oggetto di obbligo di segretezza, sia obbligatoriamente pubblicata in una area riservata, accessibile tramite apposite credenziali indicate nella comunicazione di aggiudicazione^[43].

Nel caso, poi, in cui la documentazione per qualsiasi motivo non sia disponibile in formato elettronico, dovrebbe essere reintrodotta un sistema di accesso informale così come previsto nell'art. 79 del primo codice dei contratti. Dovrebbe, quindi, in tali casi, essere indicata già nella comunicazione di aggiudicazione la data entro la quale è possibile accedere tramite visione ed estrazione di copia alla documentazione di gara e far quindi decorrere il termine di impugnazione da tale momento.

Il tutto, infine, dovrebbe essere coordinato con il termine di *stand still*.

Si dubita, tuttavia, che a questo punto, dopo l'intervenuto avallo della Consulta, il legislatore intervenga *sua sponte* per sanare le incongruenze del sistema.

Probabilmente ormai solo l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea potrà sollecitare il nostro legislatore insipiente ed inerte.

[1] Tar Lecce, sez. III, ordinanza 2 marzo 2020, n. 297.

[2] L'ultima pronuncia della Corte Costituzionale sui termini di impugnazione in materia di contratti pubblici aveva avuto ad oggetto il rito super-accelerato di cui all'art. 120, comma 2-bis c.p.a., sentenza 18 dicembre 2019, n. 271.

[3] In letteratura sul tema si vedano, tra gli altri, E. Cannada Bartoli, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi*, in *Foro amm.*, 1961, I, 1085; S. Baccarini, *La comunicazione del provvedimento amministrativo tra prassi e nuove garanzie*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, 8; V. Caianiello, voce *Termini*, III) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXXV, Roma, 1997, 1; R. Politi, *Decorrenza del termine per l'impugnazione del provvedimento in sede giurisdizionale e conoscenza della motivazione dell'atto: spunti di riflessione*, in TAR, 1999, 2, 133; R. Damonte, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al giudice amministrativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 1, 1135; F. Ceglie, *La piena conoscenza e la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 5, 495; A. Reggio D'aci, *La piena conoscenza del provvedimento amministrativo e la decorrenza del termine per la sua impugnazione*, in *Urb. e app.*, 2007, 11, 1367; L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm.* TAR, fasc.4, 2008, pag. 1193; D. De Pretis e F. Cortese, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 331 ss.; G. Falcon e D. De Pretis (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012; F. Saitta, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1191 ss., 1219 ss.; M. Ramajoli, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 17/2018 (anche in F. Francario, M. A. Sandulli (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, 183 ss.); S. Martino, *Termine di decadenza e la sua decorrenza: regole, applicazione, prospettive*, in *Principio di ragionevolezza*, ult. cit. 223 ss..

[4] Sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006, *ex multis*, si vedano ordinanza Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 790 di rimessione della questione relativa alla decorrenza del termine di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a indipendentemente dalla piena conoscenza dei plichi contenenti le offerte; Cons. Stato, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14, la quale tuttavia non decideva la questione relativa ai termini in attesa della pronuncia della CGUE su analoga questione sollevata dal Tar Bari, con ordinanza 23 marzo 2013 n. 427; CGUE, *Idrodinamica Spurgo*, 8 maggio 2014 nella causa C-161/13. Con riferimento all'abrogato rito super accelerato di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., si vedano a titolo esemplificativo l'ordinanza di remissione alla CGUE del Tar Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88 e la conseguente sentenza *Cooperativa Animazione Valdocco*, CGUE, Sez. IV, 14 febbraio 2019, nella causa C-54/18; nonché le ordinanze di rinvio della questione di legittimità costituzionale del Tar Bari, Sez. III, 20 giugno 2018 n. 903 e 20 luglio 2018, n. 1097 e la conseguente sentenza della Corte Costituzionale, con sentenza 18 dicembre 2019, n. 271.

[5] Si vedano tra i più recenti M. Lipari, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120 co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, in www.giustizia-amministrativa.it; M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in questa Rivista, luglio 2020; S. Rosati, *La disciplina nazionale sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, tra (in)certezze legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in *Ildirittoamministrativo.it*, luglio 2020; M. Santini, *L'Adunanza plenaria sulla decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti di gara*, in *Urb. app.*, 2020, 509 ss.; F. Gaspari, *Decorrenza del termine per ricorrere, piena conoscenza dell'atto lesivo e giusto processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 389 ss.; E. Lubrano, *La decorrenza del termine nel processo-appalti (dalla conoscenza della motivazione e degli atti endoprocedimentali) dopo la Adunanza plenaria n. 12/2020: un principio da estendere a tutti i settori del processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 27, 2020; M. Ferrante, *Il dies a quo per l'impugnazione degli atti di gara*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 90 ss.; L. Bertozzi, *La decorrenza del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 609 ss. Nonché, proprio con riferimento alla sentenza in commento, M.A. Sandulli, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza Plenaria*, in *Federalismi.it*, 26, 2021.

[6] Non essendo questa la sede per soffermarsi sulla dicotomia tra giurisdizione soggettiva e giurisdizione oggettiva, sia consentito rilevare come vi sia un dibattito ancora aperto non solo a livello dottrinale, ma anche tra Corte di Giustizia e Consiglio di Stato che riguarda in maniera particolare la materia dei contratti pubblici. Si richiama a tal proposito l'ampia letteratura sul tema, con particolare riferimento alla *querelle* tra Corte di Giustizia e Consiglio di Stato sui ricorsi incidentali c.d. escludenti e sull'interesse strumentale. A. Romano Tassone, *Sui rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, in *Dir. amm.*, 2012, 491; B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 99 ss. A. Bartolini, *L'Adunanza plenaria ritorna sul ricorso incidentale escludente - una decisione poco europea*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 10, 932; L. Ferrara, *L'Adunanza plenaria ritorna sul ricorso incidentale escludente - un errore di fondo?*, *ibidem*, 918; E. Follieri, *Individuazione negli interessi protetti dell'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.*, 2014, 2255; Id., *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.*, 2015, 2192; V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 341; M. Ramajoli, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania: contributi per un confronto*, Torino, 2017; M. Silvestri, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 937; F. Cortese, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2/2018, 99 ss G. Tropea, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2019, 1083; Id., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007.

[7] Il considerando n. 3 direttiva 89/665/CEE afferma che «l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto»

[8] Il testo tra virgolette è relativo al considerando n. 4 della direttiva 2007/66/CE.

[9] Tra i primi commenti sulla direttiva ricorsi si vedano G. Greco, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2008, 1029; A. Bartolini, S. Fantini, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, 1093, i quali sottolineano come «il perno della nuova proposta ruota intorno alla cd. clausola stand still, consistente nell'introduzione di un termine sospensivo, operante tra il momento dell'aggiudicazione e quello della stipula del contratto: in altre parole, la possibilità di stipulare il contratto viene congelata per un certo periodo di tempo decorrente dal momento dell'aggiudicazione. In tal modo viene data la possibilità, alle imprese che si ritengono lese nelle proprie situazioni soggettive, di avviare utilmente una procedura di ricorso in una fase in cui le violazioni possono essere ancora corrette. Ad assicurare detto enforcement viene introdotto un articolato sistema sanzionatorio (privazione degli effetti del contratto e sanzioni alternative), da irrogare nel caso in cui le amministrazioni e gli enti aggiudicatori procedano alla stipula del contratto nel periodo di stand still oppure all'affidamento diretto al di fuori delle ipotesi consentite dal diritto europeo dei contratti».

[10] Previsto dall'art. 2-bis della direttiva 89/665/CE, così come modificata dalla direttiva 2007/66/CE. A tal proposito, pur se la traduzione italiana parla di «termine sospensivo», sarebbe stato preferibile parlare piuttosto di termine dilatorio. Ad ogni modo, la direttiva del 2007 individua due tipologie di *stand still*, per la classificazione delle quali in termini di «sospensione sostanziale» e «sospensione processuale», cfr. A. Bartolini - S. Fantini, *La nuova direttiva ricorsi*, cit. In questa sede prenderemo in considerazione solo quella «sostanziale».

[11] cfr. considerando n. 6.

[12] Il riferimento è in particolare, tra le altre, alla sentenza *Uniplex* CGUE, sez. III, 28. 1. 2010 - causa C-406/08 nella quale è stato chiaramente statuito che: «il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa». La CGUE ha affrontato la questione anche con riferimento al diritto italiano nel caso *Idrodinamica Spurgo*, sez. V, 8 maggio 2014, C-161/13.

[13] Sul tema del recepimento della direttiva 2007/66 si vedano A. Bartolini, S. Fantini e F. Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. app.*, 6, 2010, 638; D. Galli, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2010, 893; M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficienza "flessibile" del contratto*, in *Federalismi.it*, 7, 2010; R. De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. D'Angelo, *Il recepimento della direttiva ricorsi 2007/66/ce in Francia ed in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2012, 349.

[14] Il comma 5-quater statuisce che: «Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio».

[15] In particolare, le comunicazioni che la stazione appaltante era tenuta ad effettuare ai sensi dell'art. 79, comma 5, del d.lgs. 163/2006 erano: l'aggiudicazione definitiva, i provvedimenti di esclusione, la decisione di non aggiudicare l'appalto o concludere un accordo quadro, l'avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario.

[16] A tal proposito F. Figorilli, *Tratti peculiari del rito speciale in materia di appalti*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1027 afferma che «*all'esito dell'entrata in vigore del c. proc. amm., dette innovazioni hanno trovato una loro collocazione più puntuale nell'ambito di un quadro sistematico di regole che, nel nostro, caso danno vita ad un regime doppiamente derogatorio rispetto a quelle previste, da un lato, per il rito ordinario e, dall'altro lato, dal rito abbreviato designato, come detto, dall'art. 119 c. proc. amm.*».

[17] Si vedano a titolo esemplificativo le perplessità espresse in particolare da M. Ramajoli, *Il processo in materia di pubblici appalti da rito speciale a giudizio speciale*, in G. Greco, M. Antonioli (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 127, la quale evidenziava come il legislatore si limitasse «*a richiedere la mera conoscenza degli atti e non invece la piena conoscenza ai fini della decorrenza dei termini risulta in contrasto con la scelta garantista*».

[18] Si veda la giurisprudenza citata nella prima parte della nota 4.

[19] Si vedano *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432; Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718; Sez. III, 3 luglio 2017, n. 3253; Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953; Sez. V, 23 febbraio 2017, n. 851; Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 592; Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 864.

[20] Si vedano *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 22 luglio 2016, n. 3308; sez. III, 3 marzo 2016, n. 1143; sez. V, 7 settembre 2015, n. 4144; sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274; sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; sez. V, 13 marzo 2014, n. 1250.

[21] Oltre alle questioni indicate in questa sede, il d.lgs. 50/2016 aveva introdotto al comma 2-bis il rito c.d. super accelerato (poi abrogato dal decreto-legge n. 32/2019, convertito in legge n. 55/2019), prevedendo in capo ai partecipanti alle gare per l'affidamento di contratti pubblici l'onere di immediata impugnazione non solo dei provvedimenti di esclusione ma anche di quelli di ammissione degli altri concorrenti, precludendo, poi, in sede di impugnazione dell'aggiudicazione di proporre censure rivolte alla carenza dei requisiti di partecipazione degli altri concorrenti.

[22] La procedura di accesso informale prevista all'art. 79, comma 5-*quater* del primo codice dei contratti non è, difatti, oggi riscontrabile né all'art. 76, omologo dell'art. 79 del primo codice, né all'art. 29, riguardante la trasparenza delle gare in generale, né all'art. 53, sull'accesso.

[23] Il rapporto tra certezza del diritto e crisi del diritto legislativo è affrontato efficacemente da F. Francario, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in Id. (a cura di), *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, 3 ss; il quale a pag. 19 osserva come «*nell'età contemporanea, caratterizzata dal fenomeno della globalizzazione e dalla profonda crisi della politica, gli spazi lasciati liberi dal legislatore tendono ad essere quasi naturalmente occupati dalla giurisprudizione. L'incapacità, l'impossibilità o la rinuncia del legislatore a prevenire la soluzione dei conflitti fa sì che la definizione dei medesimi sia sempre più spesso demandata ad un giudice che tende così a diventare nomoteta. [...] E' quanto sta avvenendo anche nel nostro Ordinamento, che, al fine di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto, tende a rendere vincolante l'efficacia del precedente giudiziale attraverso una ibridazione della regola dello stare decisis con quella della nomofilachia. Il problema che rimane tuttavia aperto è che, in mancanza di un insieme di regole previamente ordinate in un sistema logicamente coerente, l'intelligenza del giudice rimane incontrollabile ed esposta all'arbitrio (e diventa così solo fonte di ulteriore incertezza) se rimane libera di creare essa stessa le regole che è tenuta ad applicare al caso concreto*».

[24] Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3879; Sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725; Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251; Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064; Sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717; Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540; Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540.

[25] Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7384; Sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 856; Sez. V, 20 gennaio 2015, n. 143.

[26] Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2020, ord. n. 2215, la quale, peraltro, non ha dato atto della pendenza della questione costituzionale sulla medesima norma oggetto di remissione alla Plenaria.

[27] cfr. l'ultimo periodo del punto 4.1.

[28] Il riferimento è ai punti 24 e 25 dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.

[29] Sulla “creatività” della Plenaria si veda in particolare L. Bertonazzi, cit., il quale afferma che *«l'Adunanza plenaria ha vistosamente travalicato il confine tra interpretazione e produzione del diritto, essendo pervenuta a fissare un precetto generale e astratto che, nel vigente assetto costituzionale, solo il legislatore ha titolo per porre, se del caso a seguito di una sentenza additiva di principio della Corte costituzionale»*. Di tale avviso è anche M. A. Sandulli, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini*, cit. la quale affronta in maniera assolutamente critica il creazionismo giurisprudenziale riproposto anche dalle recentissime Adunanze plenarie, nn. 17 e 18/2021 in tema di concessioni balneari.

[30] Nel secondo periodo del punto 27 della motivazione in diritto della Adunanza plenaria n.12/2020, difatti, si afferma che l'individuazione della «data oggettivamente riscontrabile» continua a dipendere *«dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del 'secondo codice', applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale»*. Dalla formulazione non è chiaro se il termine di 15 giorni sia da riferire alla richiesta scritta dell'operatore economico, considerando che nell'art. 79 del primo codice dei contratti il termine di 10 giorni era imposto a quest'ultimo. Ovvero se debba riferirsi al termine per il rilascio della documentazione da parte della stazione appaltante, considerando che l'art. 76, comma 2, impone tale termine all'amministrazione per fornire la motivazione della sua scelta.

[31] cfr. punto 4.2.

[32] A questo proposito si condividono pienamente le considerazioni di M.A. Sandulli, op. ult. cit., secondo la quale *«la Corte avrebbe dovuto forse farsi carico di verificare se tale strada era (anche) consentita dalla legge, perché, in caso contrario, nessuna "proposta interpretativa" è davvero tale e può quindi dirsi "costituzionalmente conforme" e, nel caso in cui si riferisce alle regole processuali, lede anche il diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.»*.

[33] L'art. 58 dispone testualmente che: *«Quando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta, il Consiglio ne fa rapporto al Capo del Governo»*.

[34] cfr. punto 21 dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.

[35] Molteplici sono infatti gli ostacoli che da diversi anni il legislatore frappone per deflazionare di fatto il contenzioso in materia di appalti pubblici. A tal proposito si veda l'elencazione esemplificativa che offre in questa rivista M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, cit.

[36] Tale disposizione, a seguito delle modifiche del 2010 e in applicazione della direttiva 2007/66, al comma 5-bis prevedeva che la comunicazione di aggiudicazione fosse *«accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), [...] l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b) e b-bis) mediante l'invio dei verbali di gara e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata»*.

[37] Nella parte finale del punto 30 della motivazione in diritto dell'Adunanza Plenaria si può leggere che i principi dalla stessa enunciati sarebbero conformi con le esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazione *«fermi restando gli obblighi di diligenza ricadenti sulle imprese, di consultare il 'profilo del committente' ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, dello stesso codice e di attivarsi per l'accesso informale, ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006, da considerare quale 'normativa di chiusura' anche quando si tratti di documenti per i quali l'art. 29 citato non prevede la pubblicazione (offerte dei concorrenti, giustificazioni delle offerte)»*.

[38] Vedi a questo proposito quanto già detto a pagina 10 e alla nota 30.

[39] L'articolo 5 del Regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi dispone che: *«Qualora in base alla natura del documento richiesto non risulti l'esistenza di controinteressati il diritto di accesso può essere esercitato in via informale mediante richiesta, anche verbale, all'ufficio dell'amministrazione competente a formare l'atto conclusivo del procedimento o a detenerlo stabilmente./2. Il richiedente deve indicare gli estremi del documento oggetto della richiesta ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione, specificare e, ove occorra, comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta, dimostrare la propria identità e, ove occorra, i propri poteri di rappresentanza del soggetto interessato./3. La richiesta, esaminata immediatamente e senza formalità, è accolta mediante indicazione della pubblicazione contenente le notizie, esibizione del documento, estrazione di copie, ovvero altra modalità idonea./4. La richiesta, ove provenga da una pubblica amministrazione, è presentata dal titolare dell'ufficio interessato o dal responsabile del procedimento amministrativo ed è trattata ai sensi dell'articolo 22, comma 5, della legge./5. La richiesta di accesso può essere presentata anche per il tramite degli Uffici relazioni con il pubblico./6. La pubblica amministrazione, qualora in base al contenuto del documento richiesto riscontri l'esistenza di controinteressati, invita l'interessato a presentare richiesta formale di accesso»*.

[40] E come evidenziato anche da L. Bertonazzi, cit.

[41] Si rimanda sul punto alla nota 8.

[42] Si rammenta, infatti, che *«deve infatti essere mantenuta salda la distinzione tra attuazione dei valori costituzionali, riservata al legislatore, che è l'unico titolare del potere di bilanciamento degli interessi della società, in nome dell'investitura popolare, e l'applicazione dei valori costituzionali, affidata invece ai giudici»* M. Ramajoli, cit., 3.

[43] In maniera simile alla previsione dell'art. 29 nella vigenza del rito superaccelerato ovvero a quanto disposto in relazione alle esclusioni ed ammissioni da comma 2-*bis* dell'art. 76.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1493 - 14 gennaio 2021

I limiti della giurisdizione amministrativa sui rapporti di concessione (nota a CGARS 16 ottobre 2020, n. 935 e Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100)

di Saul Monzani

Sommario: 1. La concessione: fattispecie complessa tra la prospettiva “contrattualprivatistica” e la visione “unilateralpubblicistica”. - 2. I tratti distintivi della concessione: il trasferimento al concessionario del rischio economico e la necessità del mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario. - 3. La giurisdizione sulla fase esecutiva del rapporto concessorio. I limiti della giurisdizione esclusiva indicati da Corte cost. 204/2004. - 4. La estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie sorte nella fase esecutiva del rapporto di concessione, con la sola esclusione delle questioni meramente patrimoniali. - 5. Conclusioni: la necessità di un criterio di riparto della giurisdizione certo in un'ottica di effettività della tutela.

1. La concessione: fattispecie complessa tra la prospettiva “contrattualprivatistica” e la visione “unilateralpubblicistica”.

L'istituto della concessione, intesa genericamente come provvedimento creativo di diritti o di situazioni giuridiche attive, consiste, con riferimento all'ambito amministrativo, in uno strumento con cui la pubblica autorità provvede indirettamente alla gestione di determinate attività di interesse collettivo agevolando e stimolando l'intervento privato tramite l'attribuzione ai privati di determinate facoltà relative all'utilizzazione di beni o alla gestione di imprese e servizi pubblici. In particolare, la concessione comporta un acquisto derivativo-costitutivo nel senso che il diritto del concedente si comprime e riduce, venendosi a riespandere nella sfera giuridica del concessionario, il quale acquista, pertanto, una posizione che deriva da quella del concedente, senza però subentrare del tutto nella titolarità del diritto o potere di quest'ultimo, ma acquisendo solo particolari facoltà^[1].

In Italia, l'istituto della concessione è stato storicamente collocato, nei primi decenni dello Stato unitario, in una prospettiva contrattualprivatistica che comportava l'applicazione della normativa civilistica in tema di obbligazioni e contratti nonché il radicamento della giurisdizione del giudice ordinario^[2]. In siffatta prospettiva, il rapporto di concessione presentava un carattere contrattuale, atteggiandosi a situazione giuridica per la cui creazione era necessario il concorso sinallagmatico della volontà della pubblica amministrazione e del privato, i quali, pertanto, erano chiamati a concorrere in posizione di parità giuridica all'instaurazione del rapporto, i cui effetti presupponevano, appunto, l'incontro di due volontà e le cui prestazioni erano collegate causalmente l'una all'altra^[3].

Tale ricostruzione, in particolare, rispondeva ad esigenze di carattere non strettamente giuridico riconducibili alla necessità avvertita dallo Stato unitario, da un lato, di riconoscere il rilievo economico e politico dei concessionari, approntando un'adeguata tutela dei loro interessi, dall'altro lato, di assicurare la necessaria certezza e stabilità agli operatori che, proprio tramite lo strumento della concessione, consentivano lo svolgimento di attività indispensabili per lo sviluppo economico (realizzazione di infrastrutture, erogazione di servizi pubblici essenziali, conduzione di industrie che utilizzano risorse di spettanza pubblica).

Successivamente, a partire dalla fine dell'Ottocento del secolo scorso, in concomitanza con la progressiva emersione di un diritto pubblico-amministrativo nazionale, funzionale al rafforzamento dello Stato neo unitario attraverso strumenti d'azione autoritativi in grado di affermarne la sovranità, l'istituto della concessione amministrativa viene proiettato in una dimensione pubblicistica.

Da tale punto di vista, la concessione comincia ad essere vista quale mezzo di attribuzione ad un privato da parte dell'amministrazione pubblica, attraverso un atto autoritativo unilaterale, di un "vero nuovo diritto"^[4]. In altri termini, secondo il punto di vista ora in considerazione, il rapporto concessorio viene ad esistere tramite un atto costituito dalla sola volontà della pubblica amministrazione nel senso che le due dichiarazioni di volontà, ossia quella di quest'ultima e quella del privato, rimangono distinte dando vita, rispettivamente, ad un atto principale, di per sé stesso costitutivo del rapporto, e ad un atto dotato di rilievo solo come presupposto o come condizione di efficacia, a seconda che intervenga prima o successivamente all'atto di concessione^[5].

Per tale via, viene ad essere ribaltata la tradizionale prospettiva contrattualprivatistica la quale fondava una situazione che era caratterizzata dai seguenti elementi: la considerazione della concessione come contratto costitutivo di diritti soggettivi pieni in capo al concessionario, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, il fatto che agli atti amministrativi incidenti sul rapporto di concessione non era riconosciuta la capacità di degradare la posizione soggettiva del concessionario, il fatto che la revoca per pubblico interesse obbligava l'amministrazione ad un indennizzo congruo che ristorasse economicamente il concessionario.

Diversamente, la tesi di matrice pubblicistica emersa in seguito ha disvelato un inquadramento opposto: in tal senso, si era giunti a ritenere che il provvedimento unilaterale di concessione fosse da considerare atto discrezionale fondante posizioni giuridiche soggettive assimilabili, quanto alla loro tutela, agli interessi legittimi, con relativa giurisdizione del giudice amministrativo. Inoltre, in siffatta prospettiva, il rapporto derivante dalla

concessione era visto come modificabile e revocabile attraverso atti imperativi emanati dall'amministrazione concedente, senza obbligo di indennizzo, salvo casi particolari[6].

Successivamente, mentre la dottrina rimane "affezionata" all'idea dell'atto amministrativo unilaterale[7], la giurisprudenza, nel tentativo di incoraggiare gli investimenti privati rispetto allo svolgimento di funzioni di interesse pubblico, fornisce una precisazione delle tesi "unilateralpubblicistiche" medesime, giungendo ad individuare due distinti segmenti all'interno della fattispecie concessoria: un atto di sovranità, dapprima, e la stipulazione di un vero e proprio contratto in un secondo momento, volto a regolare i profili patrimoniali in un contesto in cui l'amministrazione opera come contraente privato e ove sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici la cui violazione è suscettibile di dar luogo ad azioni giudiziarie presso il giudice ordinario[8].

Si registra, così, tramite la costruzione giudiziale della concessione-contratto, una certa evoluzione, da un lato, verso la progressiva separazione del contratto dal provvedimento, con espansione del ruolo del primo e, di conseguenza, del diritto comune, e, dall'altro lato, verso la distinzione, sotto il profilo della giurisdizione, tra controversie in tema di atti autoritativi, affidate al giudice amministrativo, e di profili contrattuali, attribuite alla giurisdizione ordinaria, fino alla ricomprensione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo.

2. I tratti distintivi della concessione: il trasferimento al concessionario del rischio economico e la necessità del mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario.

Ad influire sulla considerazione dell'istituto della concessione in ambito nazionale, è intervenuto anche l'ordinamento euro-unitario, il quale, fin dalla direttiva 71/305/CEE, ha definito la stessa come un "contratto" analogo a quello di appalto, con la sola peculiarità per cui la controprestazione dei lavori o dei servizi effettuati consiste, non in un corrispettivo in denaro, bensì nel diritto di gestire l'opera realizzata o i servizi svolti, traendone, per tale via, un utile economico (art. 3, punto 1).

Successivamente, la direttiva 2014/23/UE ha fornito, per la prima volta, una normativa di base da applicare uniforme alle concessioni di lavori e a quelle di servizi, le quali sono identificate, rispettivamente, come quei contratti a titolo oneroso in cui la pubblica amministrazione affidi l'esecuzione di lavori o l'espletamento di servizi ad un operatore economico a fronte di un corrispettivo a favore di quest'ultimo che consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera realizzata o il servizio affidato, eventualmente accompagnato da un prezzo.

Ebbene, proprio in relazione all'elemento da ultimo evidenziato, un fattore che connota in via precipua l'istituto della concessione è stato individuato in ambito euro-unitario nel trasferimento del rischio economico di gestione al concessionario[9].

La giurisprudenza della Corte di giustizia risulta univoca nel senso appena indicato: in tale ottica è stato infatti specificato che "ai fini della qualificazione come concessione...è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente, o almeno in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre"[10]. Da tale punto di vista, il rischio di gestione deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, di squilibrio tra domanda

ed offerta, di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate, di responsabilità per danni, mentre i rischi legati ad una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini classificatori in considerazione, essendo insiti in qualsiasi tipo di contratto^[11].

La giurisprudenza nazionale mostra di aver recepito l'orientamento predetto, venendo ad individuare, a sua volta, come elemento ritenuto distintivo della concessione il trasferimento del rischio economico in capo al privato, nell'ambito di un rapporto complessivo trilaterale che coinvolge l'Amministrazione concedente (che resta titolare della funzione trasferita), il concessionario e il pubblico^[12].

Da un altro punto di vista, occorre osservare come l'ordinamento euro-unitario, tenendo conto che tramite l'istituto in esame il concessionario assume responsabilità e rischi in luogo della pubblica amministrazione, ha ritenuto di lasciare alle stazioni appaltanti una "ampia flessibilità" nel definire ed organizzare la procedura di selezione del concessionario stesso, pur nel rispetto dei principi generali di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (considerando n. 68 ed art. 3 della direttiva 2014/23/UE). In tale ottica, pare che la priorità per la pubblica amministrazione, nel caso delle concessioni, più che sul rispetto rigoroso di una precisa modalità di scelta del contraente, debba concentrarsi sull'esigenza di assicurare un "elevato livello di qualità, sicurezza, accessibilità e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza" (art. 2 della direttiva in questione)^[13].

Nel nostro ordinamento, il vigente Codice dei contratti pubblici risulta maggiormente rigoroso rispetto al quadro normativo euro-unitario, giungendo, di fatto, ad una piena equiparazione tra concessioni e contratti in termini di procedura di scelta del contraente, con ciò eliminando quei margini di maggiore libertà nel campo delle concessioni rispetto agli appalti che ancora si rinvengono nel contesto europeo^[14].

Tuttavia anche il legislatore nazionale sembra preoccuparsi che la prestazione di attività di interesse pubblico da parte del concessionario, proprio per garantirne la qualità, sicurezza e accessibilità, avvenga in un contesto di equilibrio economico-finanziario, ovvero di convenienza economica, intesa come capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito, e di sostenibilità finanziaria, intesa come capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento" (art. 3, comma 1, lett. fff), del Codice dei contratti pubblici).

Così, la necessità di mantenimento dell'equilibrio economico finanziario viene a costituire un ulteriore elemento che caratterizza l'istituto in commento o, meglio, rappresenta il presupposto per la corretta allocazione del rischio operativo, quale aspetto, come si è visto, peculiare della fattispecie concessoria.

La posizione centrale che assume il predetto equilibrio nell'ambito della regolamentazione tra le parti, nonché della garanzia circa la corretta prestazione nei confronti degli utenti dell'attività di interesse pubblico, è testimoniato anche dalla possibilità, da parte della stazione appaltante, di stabilire un prezzo (pur non superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari), consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili (art. 165, comma 2, del Codice)

nonchè la previsione di un meccanismo di revisione dell'equilibrio economico-finanziario stesso, ove esso sia venuto meno per fatti non riconducibili al concessionario nel corso del rapporto concessorio (art. 165, comma 6, del Codice).

L'istituto concessorio, in definitiva, risulta permeato, nel suo complesso, da una dimensione e connotazione pubblicistica, costituendo uno strumento attraverso il quale vengono svolte, tramite un soggetto privato, funzioni di interesse pubblico direttamente nei confronti degli utenti ed instaurando un rapporto con essi.

Ne consegue che la pubblica amministrazione concedente è chiamata necessariamente a svolgere un'attività autoritativa in funzione di regolazione, non solo nella fase genetica del rilascio del titolo concessorio, ma anche e soprattutto per tutta la durata del rapporto, in cui deve essere garantita la rispondenza ai canoni del servizio pubblico dell'attività svolta, il che produce corrispondenti effetti anche in punto di giurisdizione, come ci si appresta ad illustrare.

3. La giurisdizione sulla fase esecutiva del rapporto concessorio. I limiti della giurisdizione esclusiva indicati da Corte cost. 204/2004.

Il profilo relativo alla giurisdizione sulle controversie che si collocano nella fase esecutiva del rapporto concessorio, con particolare riferimento alle disposizioni di cui all'art. 133, comma 1, lett. b), per quanto riguarda i beni pubblici, e lett. c) relativamente ai pubblici servizi, del Codice del processo amministrativo, è sempre stato dibattuto e controverso.

Come è noto, l'introduzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo risale al r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, poi trasfuso nel r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 – Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, con riferimento alle controversie in materia di pubblico impiego, le quali, in quanto caratterizzate da un intreccio indissolubile tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, sono state attribuite in blocco alla cognizione del giudice amministrativo, il quale, per tale via, è giunto a conoscere anche di questioni di diritto, ovvero di rapporti nel cui perimetro non vi era, o non vi era soltanto, esercizio di potere amministrativo^[15].

La l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, all'art. 5, ricomprese nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di concessioni di beni o di servizi pubblici, che non riguardassero esclusivamente canoni e altri corrispettivi.

Successivamente, il Governo, esercitando la delega parlamentare conferita con la legge 15 marzo 1997, n. 59, emanava il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, i cui articoli 33, 34, 35, poi riformulati dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, "disegnavano" una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per blocchi di materie, con riferimento ai pubblici servizi nonché all'edilizia e urbanistica, prevedendo una cognizione del giudice amministrativo estesa anche alle questioni patrimoniali conseguenziali, abilitandolo a disporre nelle controversie rientranti nelle predette materie il risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica.

In tema, è poi intervenuta la paradigmatica sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004^[16], la quale ha statuito l'illegittimità costituzionale dei caratteri attribuiti alla

giurisdizione esclusiva attraverso gli interventi legislativi del 1998 e del 2000, ovvero l'incompatibilità con la Carta fondamentale di una giurisdizione esclusiva basata sulla pura e semplice presenza, in un determinato settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse.

In tale ottica, si è rilevato che l'art. 103, comma 1, Cost., nel momento in cui dispone che "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi", non ha conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, bensì gli ha riconosciuto il potere di indicare "particolari" materie, rispetto a quelle già devolute alla giurisdizione generale di legittimità, nelle quali la tutela contro la pubblica amministrazione investe "anche" diritti soggettivi. Ciò comporta, secondo la Consulta, che l'attribuzione alla cognizione del giudice amministrativo di una determinata controversia non può comunque prescindere dall'apprezzamento della concreta situazione giuridica soggettiva coinvolta. Ne consegue che la giurisdizione esclusiva presuppone, secondo la Corte, l'esercizio di un potere amministrativo, con la corrispondente insorgenza in capo al privato di una situazione di interesse legittimo, sia pure con riferimento ad fattispecie complesse in cui vengono in considerazione "anche" posizioni di diritto soggettivo. Viceversa, la cognizione del giudice amministrativo non potrebbe fondarsi esclusivamente sul dato oggettivo della ricomprendimento in una determinata materia ritenuta, in generale, di interesse pubblico.

Con precipuo riferimento al tema dei pubblici servizi, la Consulta ha censurato il fatto che il riferimento ad una materia, quella dei pubblici servizi appunto, dai confini non compiutamente delimitati, e soprattutto ad ogni controversia che ricada in tale ambito presuppone un criterio di attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che prescinde del tutto dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, radicandosi inammissibilmente la giurisdizione in questione sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento del pubblico interesse in un dato settore^[17].

Per effetto della predetta sentenza, la latitudine della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stata precisata, secondo una formulazione giunta sostanzialmente intatta fino al vigente Codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (art. 133, comma 1, lett. c), in modo da ricomprendere, per quanto qui rileva, non tutte le controversie in materia di pubblici servizi, bensì le controversie relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

Sempre con riferimento alla giurisdizione riguardante le controversie in tema di concessioni di servizi, o anche di beni, pubblici, la giurisprudenza "tradizionale" ha ritenuto che la cognizione del giudice amministrativo si estenda tendenzialmente anche a tutta la fase esecutiva, ad eccezione delle sole questioni meramente patrimoniali che non coinvolgono alcun aspetto del contenuto del rapporto concessorio. In tale ottica, si è argomentato che la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste ogniqualvolta sorga una controversia che ponga in discussione il rapporto stesso nel suo aspetto genetico e funzionale sotto il profilo del corretto adempimento dei rispettivi diritti ed obblighi dell'Amministrazione e del

concessionario, venendo comunque in rilievo, in tali ipotesi, l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali da parte della prima[18].

D'altro canto, si registra, più di recente, l'emergere di una diversa posizione per cui le controversie relative alla fase esecutiva di una concessione sarebbero da devolversi alla cognizione del giudice ordinario, in quanto a quest'ultimo spetta di giudicare sull'esatto adempimento di diritti ed obblighi reciproci delle parti, e sui relativi effetti, svolgendo un'indagine che può contemplare anche la possibilità di valutare, incidentalmente, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo. In tale ottica, resterebbe ferma la giurisdizione del giudice amministrativo nella fase esecutiva nei casi in cui l'Amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti sulla procedura di selezione del concessionario, ad esempio disponendone l'annullamento d'ufficio o comunque esercitando poteri autoritativi tipizzati dalla legge[19].

Quest'ultimo orientamento trarrebbe origine da quanto statuito con la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale ed, in particolare, dall'affermato principio per cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo postula l'esercizio in concreto di un potere autoritativo, il quale, secondo la prospettazione ora in esame, difetterebbe, perlomeno in linea di principio, una volta esaurita la fase pubblicistica relativa alla scelta del concessionario e sia sorto, tra le parti, il vincolo contrattuale. In tale ottica, pertanto, nei casi in cui il *petitum* sostanziale che anima una controversia in tema di concessione riguardi l'accertamento del corretto adempimento alle obbligazioni assunte dalle parti nell'ambito del rapporto concessorio, anche ai fini del risarcimento del danno, non si ravviserebbe l'esercizio di alcun potere, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, al quale si può chiedere di valutare la corrispondenza al vero dei fatti dedotti a sostegno della domanda, di qualificarli giuridicamente e di trarne le conseguenze sul piano privatistico, vertendosi in tema di diritti soggettivi vantati in posizione di parità del privato concessionario nei confronti dell'Amministrazione concedente[20].

4. La estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie sorte nella fase esecutiva del rapporto di concessione, con la sola esclusione delle questioni meramente patrimoniali.

Contraddicendo le finalità che la stessa istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si propone di risolvere[21], la riserva al giudice ordinario delle sole questioni concernenti canoni, indennità e altri corrispettivi ha reso incerti i confini della giurisdizione in materia di concessioni, probabilmente anche per la difficoltà di isolare, in un qualunque contenzioso, la questione sul corrispettivo da contestazioni riguardanti in qualche modo il rapporto. Al di fuori dell'ipotesi del mero errore di calcolo o del comportamento meramente omissivo del pagamento, è difficile che questioni sull'*an* o sul *quantum debeatur* possano prescindere dall'accertamento del rapporto sottostante.

Le decisioni rese dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, con riferimento alle concessioni di servizi pubblici, nonché dal Consiglio di Stato, in merito alle concessioni di beni pubblici, con le sentenze che si commentano con le presenti note, si segnalano per il deciso recupero della posizione "tradizionale", incline ad estendere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla fase esecutiva del rapporto concessorio, con la sola eccezione delle questioni meramente patrimoniali.

In primo luogo, si è ritenuto che nel momento in cui si assume come riferimento la concezione del contratto quale spartiacque tra fase pubblicistica e privatistica, nonché tra giurisdizione amministrativa ed ordinaria, si finisce per offuscare la diversità di struttura tra appalto, da un lato, e concessione, dall'altro lato. In particolare, così facendo, non si terrebbero in debito conto le peculiarità che (tuttora) connotano quest'ultima, quale strumento attraverso il quale vengono svolte da un privato direttamente nei confronti dei cittadini funzioni di interesse pubblico, così da permeare il rapporto tra Amministrazione concedente, privato concessionario e utenti, in una dimensione triangolare, di forti caratteri pubblicistici, i quali non si esauriscono, come avviene nel caso dell'appalto, nella fase di selezione del contraente, ma permangono anche con riferimento al periodo di esecuzione, ove si tratta di assicurare la corretta erogazione o fruizione secondo i canoni del servizio universale, ovvero in una logica volta a garantire eguaglianza, imparzialità, continuità, diritto di scelta e partecipazione^[22].

Nella prospettiva ora in esame, se non è dubitabile, applicando l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, che le controversie insorte nella fase esecutiva di un appalto siano da devolversi alla giurisdizione del giudice ordinario, fatto salvo solo l'esercizio, dopo la sottoscrizione del contratto, di un potere autoritativo che incida sul procedimento di selezione del contraente^[23], tale regola non può essere riportata, pedissequamente, al diverso istituto della concessione.

A quest'ultimo proposito, il fatto che, su impulso del diritto euro-unitario, la differenza tra appalto e concessione si sia andata riducendo, costituendo entrambi un “contratto a titolo oneroso”^[24], non legittima, secondo l'orientamento ora in considerazione, una completa assimilazione tra i due istituti, e ciò in quanto tale avvicinamento riguarda sostanzialmente il procedimento di selezione del contraente, o del concessionario, superando una precedente impostazione per cui quest'ultimo, almeno per quanto riguarda la concessione di servizi, poteva essere individuato secondo un meccanismo rispettoso dei principi generali in tema di evidenza pubblica ma non necessariamente attraverso un vero e proprio procedimento ad evidenza pubblica dettato con riferimento agli appalti. Ciò non toglie, però, che nella successiva fase esecutiva, pur se il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i. detta una disciplina simile in ordine a modifica e risoluzione del contratto di concessione rispetto a quello d'appalto, il ruolo della pubblica amministrazione si atteggi diversamente: quale appaltatore, alla stregua delle regole privatistiche, in un caso, quale soggetto concedente una pubblica funzione rivolta direttamente ai cittadini, nell'altro, con la conseguenza di non potere ragionevolmente assimilare completamente le due fattispecie.

Inoltre, la posizione confutata dall'orientamento in commento non è sembrata fedele al dato normativo in tema di giurisdizione esclusiva, ovvero con la scelta legislativa di cui all'art. 113, comma 1, lett. c), di devolvere alla cognizione del giudice amministrativo le controversie in materia di concessioni di pubblici servizi, con specifico riferimento, tra gli altri aspetti, anche alla attività di “vigilanza e controllo nei confronti del gestore”, la quale, evidentemente, si esplica nella fase esecutiva del rapporto di concessione, ad ulteriore riprova della necessità, già evidenziata, che la pubblica amministrazione concedente svolga un'attività autoritativa in funzione di regolazione per tutta la durata del rapporto concessorio, proprio al fine di verificare costantemente la rispondenza ai canoni del servizio pubblico dell'attività svolta dal concessionario direttamente nei confronti degli utenti.

In altre parole, si registrerebbe, nel campo così delineato, quella commistione indissolubile tra posizioni di diritto soggettivo in capo al concessionario nella fase esecutiva del rapporto concessorio ed esercizio di potere autoritativo in funzione di regolazione da parte dell'Amministrazione concedente che rappresenta la ragione stessa della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle questioni che sorgano in tale ambito.

Infatti, così come si è illustrato in precedenza, l'istituto della concessione si caratterizza per la compresenza, in maniera sostanzialmente inscindibile, sia di profili autoritativi che consensuali, di qui la costruzione della "concessione-contratto", la quale connota proprio la fase dell'esecuzione, con ciò rendendo arduo ogni distinguo tra posizioni giuridiche soggettive coinvolte^[25] e così da giustificare la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva, quale istituto deputato a risolvere in radice ogni dubbio circa il giudice cui rivolgere la propria domanda di tutela o, in altri termini, ad "evitare la ricerca del giudice"^[26].

Risulterebbe con ciò esclusa la possibilità di ritenere sussistente la cognizione del giudice ordinario sulle controversie che sorgano nella fase esecutiva di un rapporto concessorio, sul presupposto che in tale fase, come avviene per gli appalti, non vi possa essere esercizio di potere, se non quello, di carattere procedimentale, che venga esercitato con un provvedimento di secondo grado in relazione agli esiti della precedente fase di selezione del contraente. Dovrebbe cioè escludersi la possibilità di

ritenere che, una volta avviato il rapporto concessorio, le parti si trovino sempre in una posizione di parità, in quanto sarebbe precluso all'Amministrazione concedente esercitare un potere amministrativo, con la conseguente sussistenza di situazioni giuridiche di diritto soggettivo che, come tali, sarebbero da devolvere in caso di controversia alla cognizione del giudice ordinario, in ritenuto ossequio al criterio declinato dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale per cui la sussistenza della giurisdizione amministrativa, anche in via esclusiva, postula comunque l'esercizio, in concreto, di un potere autoritativo.

Dalla peculiare struttura dell'istituto concessorio sembrerebbe potersi evincere che il potere autoritativo della pubblica amministrazione concedente permanga anche nella fase esecutiva, in funzione di regolazione, "saldandosi" in maniera indissolubile con il diritto soggettivo del concedente, così da generare quell'intreccio inestricabile tra diverse situazioni giuridiche soggettive che, si consenta di ribadirlo, costituisce la ragion d'essere della giurisdizione esclusiva.

Partendo dagli illustrati presupposti, il Consiglio di Giustizia Amministrativa, in tema di concessioni di pubblici servizi, si è espresso con riferimento ad una fattispecie in cui un'Amministrazione pubblica comunale ha pronunciato la decadenza senza indennizzo della concessione in capo ad un gestore di parcheggi pubblici avendo ritenuto sussistenti inadempimenti quali il mancato adeguamento del capitale sociale del soggetto concessionario, come previsto nel programma economico-finanziario; la cessione dell'85% del capitale sociale della società concessionaria da parte della compagine controllante nell'ambito di un concordato preventivo con cessione di tutti i beni ai creditori che ha coinvolto quest'ultima, senza alcuna previa autorizzazione o comunicazione all'ente concedente; il venire meno, o comunque il ridimensionamento, delle garanzie prestate a favore del Comune concedente; la precaria situazione economico-patrimoniale della società concessionaria.

Prendendo atto di ciò, il collegio giudicante, "impregiudicata ogni valutazione in punto di fondatezza delle motivazioni addotte dal Comune" a sostegno del pronunciato, ed impugnato, provvedimento di decadenza, ha osservato che l'intervento dell'ente concedente è da ritenersi espressione del potere di controllo e vigilanza detenuto dal medesimo "al fine di assicurare alla collettività di riferimento la fruizione del servizio pubblico nei modi preventivati". In particolare, si è osservato che le tematiche della sostenibilità della concessione e di affidabilità del contraente coinvolgono l'interesse pubblico sotteso al rilascio di una concessione, in quanto costituiscono il presupposto della continuità dell'erogazione del servizio, nonché della qualità con la quale il medesimo è espletato, il tutto in una prospettiva pubblicistica nella quale l'adeguatezza delle condizioni economico-finanziarie del concessionario risultano strumentali al perseguimento dell'interesse pubblico.

In definitiva, secondo la pronuncia ora in considerazione, l'Amministrazione concedente, nel pronunciare la decadenza dalla concessione, ha fatto uso di un potere autoritativo che si giustifica ed è finalizzato ad assicurare la continuità di un servizio pubblico, con conseguente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla controversia con il concessionario che ne è derivata.

Una siffatta conclusione appare frutto della considerazione delle peculiarità che connotano, rispetto all'appalto, l'istituto della concessione, tenendo conto di come quest'ultima instauri un "rapporto di diritto pubblico" fra Amministrazione concedente e concessionario, rivestendo, la prima, una posizione autoritativa che si compendia in una situazione di interesse legittimo del secondo. In tale prospettiva, si è argomentato che, in caso di concessione, la funzione pubblica non si esaurisce nel momento in cui, attraverso il provvedimento amministrativo di aggiudicazione della procedura ad evidenza pubblica esperita, venga individuato il concessionario, bensì, affondando le proprie radici in una riserva di amministrazione, quindi in un settore di interesse pubblico, la predetta funzione si estende alla regolamentazione e controllo della prerogativa concessa.

Così, la giurisdizione del giudice amministrativo in via esclusiva finisce per riguardare, secondo la sentenza ora in commento, tutta la fase esecutiva del rapporto concessorio, con l'unica eccezione delle controversie di carattere meramente patrimoniale che non abbiano alcuna implicazione sul contenuto del rapporto stesso, che però, come si è già detto, paiono in concreto difficilmente configurabili.

Il Consiglio di Stato, nella seconda sentenza che si segnala con le presenti note, esprimendosi su di una controversia relativa all'applicazione di una penale contrattuale da parte dell'Amministrazione concedente a carico del soggetto privato concessionario di un bene pubblico (nel caso una piscina comunale), ha preso le mosse dai medesimi presupposti rispetto a quanto statuito dal Consiglio di giustizia amministrativa, giungendo a conclusioni conformi ed, anzi, ancora maggiormente orientate ad enfatizzare il ruolo centrale dell'interesse pubblico nella regolamentazione, anche contrattuale, tra le parti di un rapporto concessorio avente ad oggetto un bene, o anche un servizio, pubblico[27].

Infatti, in ordine ai presupposti, i giudici amministrativi, nell'occasione in questione, hanno ribadito come la concessione di beni pubblici costituisca un istituto in cui è immanente l'interesse dell'Amministrazione concedente ad un corretto utilizzo e gestione del bene affidato in uso speciale al concessionario, con la conseguenza che alla prima devono ritenersi riservati i poteri autoritativi necessari ad assicurare che la gestione privata del bene rimanga

coerente con il superiore interesse pubblico. Per tale via, secondo la posizione ora in considerazione, nella fase esecutiva del rapporto concessorio viene a fondarsi in capo al concessionario una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti all'Amministrazione stessa.

Muovendo da tale ordine di idee, il Consiglio di Stato ne ha fatto conseguire che i rimedi spettanti all'autorità concedente per reagire all'inadempimento del privato concessionario non possono essere assimilabili a quelli spettanti alla parte di un contratto di diritto comune, anche se previsti nel testo contrattuale della concessione, tenendo conto, da questo punto di vista, che l'interesse pubblico può comunque essere perseguito attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici (quali la previsione di una penale conseguente alla mancata apertura della piscina comunale nei termini previsti dal contratto di concessione).

5. Conclusioni: la necessità di un criterio di riparto della giurisdizione certo in un'ottica di effettività della tutela.

Nonostante l'esplicita previsione della giurisdizione esclusiva e delle questioni che rimangono riservate al giudice ordinario, il confine della giurisdizione in materia di concessioni continua a presentare profili d'incertezza.

Nel complesso e problematico quadro giurisprudenziale che si è in precedenza ricostruito, la soluzione che prospettano le sentenze commentate è quella secondo la quale, laddove la pubblica amministrazione concedente faccia valere le previsioni contrattuali al fine di regolare il rapporto con il concessionario nell'ottica di garantire la corretta erogazione del servizio, o la corretta fruizione del bene pubblico, da parte degli utenti, così perseguendo l'interesse pubblico, sia pure attraverso strumenti privatistici, le eventuali controversie che dovessero insorgere andrebbero comunque attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con la sola esclusione delle questioni di carattere meramente patrimoniale che non incidano su tale aspetto (destinate, pertanto, ad avere carattere residuale o addirittura "eccezionale", secondo quanto statuito dal Consiglio di Stato).

La precisazione espressa dal legislatore per cui sono da intendersi escluse dalla giurisdizione esclusiva in tema di concessioni (di beni o servizi) le (sole) dispute in materia di indennità, canoni ed altri corrispettivi varrebbe a circoscrivere l'ipotesi ai soli casi che non interferiscano minimamente con la funzione regolatoria attribuita all'Amministrazione.

L'interpretazione così proposta tende a collocarsi entro le coordinate emerneutiche dettate dalla Corte costituzionale nella paradigmatica sentenza n. 204 del 2004, trattandosi di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo una particolare materia, ovvero quella relativa alle concessioni, di servizi o di beni, nella quale la tutela contro la pubblica amministrazione investe "anche" diritti soggettivi, ovvero quelli del concessionario sorti a seguito della stipulazione del contratto di concessione, ma, evidentemente, non solo, venendo in rilievo, come detto, pure il potere autoritativo di regolazione della pubblica amministrazione stessa, il quale si estende per tutta la durata del rapporto concessorio. Non si tratterebbe di devolvere al giudice amministrativo tutte le controversie che si collochino in tale materia, ma solo quelle che intercettino in qualche modo l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, tenendo conto, però, che tale potere non si limita alla fase del selezione del concessionario, bensì si estende alla fase esecutiva relativamente alla prerogativa di regolazione e controllo spettante all'Amministrazione concedente.

Non si può fare a meno di sottolineare che l'allargamento della giurisdizione esclusiva a tutte le questioni che insorgano nella fase dell'esecuzione rende doveroso per il giudice amministrativo procedere all'accertamento diretto dai fatti, facendo uso dei strumenti istruttori introdotti dagli art. 63 ss. del Codice del processo amministrativo[28] evitando quanto più possibile di rifugiarsi in un sindacato sulla ragionevolezza della decisione amministrativa, il quale, assumendo come punto di riferimento la realizzazione dell'interesse pubblico, potrebbe celare il rischio di non garantire l'equidistanza del giudice dalle rappresentazioni delle parti[29].

Concludendo le riflessioni che si sono fin qui condotte, si può rilevare come il tema del riparto di giurisdizione sulle controversie insorte nella fase esecutiva di un rapporto di concessione di beni o servizi pubblici potrebbe probabilmente trovare, o meglio ritrovare, una composizione, a tutto vantaggio delle parti coinvolte e del loro diritto costituzionale ad una tutela giurisdizionale effettiva, recuperando lo spirito che aveva determinato l'introduzione dell'istituto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In tale prospettiva, occorrerebbe ricordare che l'istituzione della predetta giurisdizione mira a risolvere in radice i problemi di individuazione del giudice cui rivolgersi in quelle fattispecie caratterizzate da un intreccio indissolubile tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, il che avviene tipicamente, come si è cercato di illustrare, nel caso delle concessioni e con riferimento proprio alla fase esecutiva.

Da questo punto di vista, la verifica circa l'esercizio del potere amministrativo andrebbe comunque riferita più alla materia che alla singola controversia, nel senso di potere ammettere già in sede legislativa che in determinati, circoscritti, ambiti si ravvisa tipicamente una sovrapposizione tra diverse situazioni giuridiche soggettive che non consentono all'interprete di distinguere tra una e l'altra, pur non facendone derivare, in ossequio ai dettami espressi dalla Corte costituzionale, l'attribuzione in blocco alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di qualsivoglia controversia che ricada in un dato settore a prescindere dalla situazione giuridica soggettiva dedotta (tale regola appare rispettata, relativamente alle fattispecie esaminate nel presente commento, grazie all'esclusione, operata sempre in via legislativa sulla base di quanto statuito dalla Consulta, delle controversie aventi valenza esclusivamente patrimoniale, nel senso, pur residuale, fin qui indicato).

Per tale via, si potrebbe giungere ad un ridimensionamento del vivace dibattito che si rinviene in giurisprudenza sul tema, a tutto vantaggio del soggetto che chiedi tutela giurisdizionale, al quale sarebbe bene offrire sul piano legislativo una regola di attribuzione della giurisdizione certa, che non vari a seconda del singolo caso e dello specifico apprezzamento che ne venga fatto in sede giudiziale, così come sta tuttora avvenendo nel panorama giurisprudenziale. , In tale modo, dovrebbe evitarsi di imporre una affannosa, difficile ed aleatoria ricerca del giudice cui rivolgere le proprie domande, la quale può impegnare il ricorrente per molto tempo prima ancora di potere discutere delle proprie richieste nel merito, rischiando di compromettere seriamente l'effettività della tutela. Quest'ultima, invero, declinata con precipuo riferimento al tema oggetto delle presenti riflessioni, presuppone, da un lato, una ragionevole tempestività nel rendere la decisione sulle domande proposte e, dall'altro, impone un'adeguata protezione delle specifiche situazioni giuridiche coinvolte, il che potrebbe e dovrebbe avvenire, perlomeno auspicabilmente, nell'ambito del giudizio amministrativo nelle materie e con riferimento alle controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva, secondo le coordinate che si è fin qui tentato di tracciare.

- [1] E. Silvestri, *Concessione amministrativa (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 371.
- [2] Sul punto cfr. M. D'Alberti, *Concessioni amministrative (ad vocem)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 1 ss. dello stesso A. si v. anche *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.
- [3] E. Silvestri, *op. cit.*, 374.
- [4] O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7. Dello stesso A. si v. anche Id., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XVII, 1894, 3, 315; Id., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XIX, 1895, 3; XX, 1895, 255; XXI, 1896, 77, 350; XXII, 1896, 177.
- [5] E. Silvestri, *op. cit.*, 374.
- [6] In tal senso cfr. M. D'Alberti, *Concessioni amministrative (ad vocem)*, cit., 2.
- [7] A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455; M. Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, 99 ss.; G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 31 ss.
- [8] Cass. civ., 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 248. Nello stesso senso cfr. anche Cass. civ., 27 settembre 1915, in *Foro it.*, 1915, I, 1379; Cass. civ., 20 febbraio 1925, *ivi*, 1925, I, 591.
- [9] La direttiva 2014/23/UE, e conseguentemente, in ambito nazionale, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, segnatamente all'art. 3, comma 1, lett. zz), fanno specifico riferimento, quale elemento caratterizzante l'istituto della concessione, all'assunzione da parte del concessionario di un rischio "operativo", inteso come il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda, ovvero in merito al numero di utenti che intendano usufruire dell'opera o del servizio, o sul lato dell'offerta, ossia relativamente ai costi, o di entrambi. Per effetto dell'assunzione del rischio in questione, in altri termini, non deve essere garantito a priori al concessionario il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi svolti, essendo il medesimo esposto alle fluttuazioni del mercato e ad una potenziale perdita che non sia puramente nominale o trascurabile.
- [10] Corte di giustizia CE, sez. II, 10 novembre 2011, in C-348/10, *Norma A SLA e altro C. Latgales planooanas regions*, punto 45, in *Foro amm. CdS*, 2011, 3249. Nel senso che "si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione" cfr. Corte di giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, in C-196/08, *Acaset*, punto 39, *ivi*, 2009, 2211, nonché Corte di giustizia CE, sez. II, 18 luglio 2007, in C-382/05, *Commissione CE c. Rep. ita*, punto 34, *ivi*, 2007, 1999. Su quest'ultima pronuncia si v., per un ulteriore commento, C.F. Coduti, *Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio*, in *Rass. avv. Stato*, 2007, 64 ss.; S.R. Masera, *Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Urb. e app.*, 2008, 581 ss.
- [11] Corte di giustizia CE, sez. II, 10 novembre 2011, in C-348/10, *Norma A SLA e altro C. Latgales planooanas regions*, punti 48-49, cit.; Corte di giustizia CE, sez. III, 10 marzo 2011, in C-274/09, *Stadler*, punti 37-38, in *Foro amm. CdS*, 2011, 741.
- [12] Sul punto, tra le tante, cfr. Cons. St., sez. VI, 4 maggio 2020, n. 2810, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 1 aprile 2019, n. 2128, *ivi*; Cons. St., sez. V, 21 marzo 2018, n. 1811, *ivi*; Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571, in *Foro amm.*, 2015, 1987; Cons. St., sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2782; Cons. St., sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, *ivi*, 1973; Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, *ivi*, 2002. Nel medesimo senso cfr., di recente, anche T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 18 marzo 2020, n. 3371, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 45, *ivi*; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 28 novembre 2019, n. 5624, in *Foro amm.*, 2019, 1891.
- [13] In effetti, l'ordinamento euro-unitario lascia libera l'amministrazione aggiudicatrice di organizzare come meglio crede la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza nonché degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (art. 30 della direttiva 2014/23/UE). Analogamente, anche per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, il legislatore europeo si limita a prescrivere il rispetto dei predetti principi generali (art. 41 della direttiva in commento), tramite la previsione di criteri "proporzionati, non discriminatori ed equi" (considerando n. 63), oltre a richiedere che essi

"assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice" (sempre ai sensi dell'art. 41 citato).

[14] Infatti, il Codice dei contratti pubblici vigente, pur avendo ribadito, all'art. 166, il "principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche" in merito alla procedura per la scelta del concessionario, prevede, all'art. 164, che alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, sia pure "per quanto compatibili", le disposizioni del codice stesso, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

[15] La letteratura in tema di giurisdizione esclusiva è vastissima. Tra gli altri si v., sull'istituto in generale, F. Satta, *Giurisdizione esclusiva (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, Agg., V, 594 ss.; P.M. Vipiana, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, VII, 440 ss.; A. Romano, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417 ss.; V. Parisio, A. Perini, (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano, 2002; Aa.Vv., *Evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 2003, Milano, 2004; P. Sandulli, *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, Milano, 2004.

[16] Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Giur. cost.*, 2004, 2181, la quale ha censurato la scelta legislativa di ricollegare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo all'intera materia dei pubblici servizi, senza distinguere, entro tale ambito, la natura delle posizioni giuridiche fatte valere, nonché la scelta di estendere tale giurisdizione anche ai "comportamenti" della pubblica amministrazione nel campo urbanistico e/o edilizio, ovvero a fattispecie in cui non vi è esercizio di alcun pubblico potere. I commenti a tale storica sentenza sono molteplici: tra gli altri si v.: L. Mazzarolli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214 ss.; C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1908 ss.; F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, ivi*, 1903 ss.; F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss.; C. Delle Donne, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al "nodo gordiano" diritti-interessi*, in *Giust. civ.*, 2004, 2237 ss.; M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 1, 1230 ss.; F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 3, 799; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, 1, 2598 ss. Conformemente si v. anche Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giur. cost.*, 2006, 1921, con nota di S. Lariccia, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana, ivi*, 1935 ss., in cui si è statuito che "Conformemente ai principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. delle controversie relative ai comportamenti collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, mentre deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. dei comportamenti posti in essere in carenza di potere o in via di mero fatto". Sul punto, in tema di servizio di gestione dei rifiuti, cfr. anche Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *Giur. cost.*, 2010, 432, con nota di F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva, ivi*, 439 ss. nonché di R. Croce, *Sui confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ivi*, 445 ss. nonché Corte Cost., 12 maggio 2011, n.167, in *Giur. cost.*, 2011, 2213.

[17] In senso critico rispetto alla regola di riparto della giurisdizione individuata dalla Corte costituzionale si v. tra gli altri, C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1908 ss., il quale sottolinea come, da un punto di vista concreto, il criterio in questione obblighi l'interprete ad individuare nel singolo rapporto la sussistenza di una posizione di interesse legittimo o di diritto soggettivo, senza tenere conto che proprio la difficoltà di svolgere tale operazione ermeneutica in certe materie o comunque in certe situazioni costituisce la ragione che ha indotto alla istituzione della giurisdizione esclusiva. In altri termini, secondo l'A., nel caso in cui l'interprete sia in grado di giungere a definire se la posizione dedotta in giudizio abbia consistenza di interesse legittimo o di diritto soggettivo, allora non vi sarebbe più bisogno di ricorrere alla giurisdizione esclusiva, ben potendosi, a questo punto, individuare il giudice avente giurisdizione in base all'ordinario criterio di riparto. Sul punto, M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, cit., 1232, rileva come dalla presa di posizione della Corte costituzionale sembrerebbe di potersi ricavare che la giurisdizione esclusiva è costituzionale quando non si estende ai diritti soggettivi, senonchè, l'art. 103 Cost. fa riferimento esplicitamente ai "diritti", per cui la pronuncia della Corte si rivolge, paradossalmente, nella "negazione stessa della giurisdizione sui diritti pur prevista dall'art. 103 Cost."

[18] Cass. civ., sez. un., 9 agosto 2018, n. 20682, in *Foro it.*, 2018, I, 3539, con nota di A. Travi, in cui si è ricondotta alla giurisdizione del giudice amministrativo una controversia in tema di inadempimento degli obblighi reciproci dedotti in un contratto di concessione. In tale occasione, il giudice della giurisdizione ha ritenuto che siano da devolvere alla cognizione del giudice amministrativo le controversie circa la durata del rapporto di concessione o la stessa esistenza di tale rapporto o

la rinnovazione della concessione, con estensione a tutte le posizioni soggettive il cui riconoscimento postuli l'identificazione del contenuto del rapporto concessorio e con esclusione, viceversa, delle questioni vertenti sul compenso del concessionario che non abbiano dirette implicazioni sul contenuto della concessione. In conformità si v. anche Cass. civ., sez. un., 26 settembre 2017, n. 22357, in *www.dejure.it*, in cui si ribadisce la posizione per cui sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo laddove si tratti di controversia riguardante rapporti costituiti o modificati da provvedimenti amministrativi, mentre resterebbe al giudice ordinario la cognizione delle questioni meramente patrimoniali (nella fattispecie decisa, veniva ricondotta alla giurisdizione del giudice amministrativo una controversia in tema di risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento del contratto di concessione da parte dell'Amministrazione con richiesta di condanna al risarcimento dei danni consequenziali). Viceversa, Cass. civ., sez. un., 18 giugno 2020, n. 11867, in *www.dejure.it*, ha ritenuto che le controversie attinenti alla sola rideterminazione dei canoni concessori, in applicazione di una cogente disposizione normativa, dovuti per la concessione d'uso di un bene pubblico, appartengono alla giurisdizione ordinaria, avendo ad oggetto diritti soggettivi a contenuto patrimoniale (nel caso di specie la Suprema Corte ha rilevato come l'azione del Comune si era concretizzata in un mero accertamento tecnico - peraltro, sulla base delle schede di calcolo delle superfici fornite dallo stesso concessionario, e, quindi, privo di alcuna discrezionalità - all'esito del quale il medesimo Comune aveva semplicemente provveduto all'aggiornamento della misura del canone da riscuotere). In tempi meno recenti si v., conformemente, Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20939, in *Foro amm. CdS*, 2011, 3068; *Id.*, 24 giugno 2011, n. 13903, *ivi*, 2298; *Id.*, 18 novembre 2008, n. 27333, in *Giust. civ. Mass.*, 2008; *Id.*, 12 gennaio 2007, n. 411, in *Foro amm. CdS*, 2007, 1123; *Id.*, 23 ottobre 2006 n. 22661, *ivi*, 76; *Id.*, 4 luglio 2006 n. 15217, *ivi*, 2006, 2999; *Id.*, 11 giugno 2001 n. 7861, in *Urb. e app.*, 2001, 1103. Nel senso indicato si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5398, in *Foro amm.*, 2017, 2398, in cui si è ribadito che "le controversie relative alle vicende del rapporto concessorio, nelle ipotesi di concessione di servizio pubblico, rimangono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nella fase successiva alla stipula del contratto"; nello stesso senso anche Cons. St., sez. V, 4 settembre 2017, n. 4183, *ivi*, 1828. In tema di v. anche Cons. St., sez. II, 8 ottobre 2020, n. 5981, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si è affermata la giurisdizione del giudice amministrativo quando si tratti di una controversia che non attenga al mero obbligo di pagamento del canone, bensì che coinvolga l'apprezzamento discrezionale della pubblica autorità circa i parametri da applicare per la sua determinazione. In dottrina cfr. M. Ceruti, *Il riparto di giurisdizione nell'esecuzione dei contratti pubblici: appalti e concessioni*, in *Urb. e app.*, 2018, 302; C. Mariani, *Sul riparto di giurisdizione in ordine all'esecuzione della concessione del servizio pubblico di gestione di giochi pubblici*, in *Foro amm.*, 2016, 31; G.F. Nicodemo, *Concessione di beni pubblici e giurisdizione: il g.a. conosce solo degli interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2012, 4, 401; R. Proietti, *Concessioni: resta il nodo-giurisdizione*, in *Dir. e giust.*, 2004, 44, 12.

[19] Cass. civ., sez. un., 8 luglio 2019, n. 18267, in *Guida al diritto*, 2019, 32, 30, la quale, "In tema di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e di concessione di servizi pubblici", ha individuato la seguente regola di riparto della giurisdizione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di concessioni si estende, oltre alle questioni riguardanti indennità, canoni ed altri corrispettivi, anche alle vertenze che sorgono nelle fase esecutiva del rapporto concessorio con riferimento ai profili di corretto adempimento dei reciproci obblighi e alle relative conseguenze risarcitorie, situandosi, tali controversie, in un rapporto paritetico tra le parti, salvo solo l'esercizio anche nella fase esecutiva di poteri autoritativi tipizzati dalla legge da parte dell'Amministrazione. Conformemente si v. anche Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32728, in *Foro amm. CdS*, 2019, 1215.

[20] In tal senso cfr. anche Cass. civ., sez. un., 25 febbraio 2019, n. 5453, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 38, 4, con nota di A. Greco, *Project financing: se si contesta la fase esecutiva è competente il giudice ordinario*. Analogamente si v. anche Cass. civ., sez. un., 27 novembre 2019, n. 31029, in *Foro amm.*, 2020, 398, in cui si è statuito che la controversia avente ad oggetto una sanzione amministrativa comminata da una ASL, sia pure "nell'ambito di vigilanza e controllo sulla congruità ed appropriatezza del servizio pubblico reso" da parte di una struttura privata operante in regime di accreditamento, va devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, "in quanto concerne prestazioni effettuate in esecuzione del rapporto, a carattere paritario e contenuto meramente patrimoniale, di concessione di pubblico servizio, non venendo in rilievo l'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, di poteri autoritativi e discrezionali". In senso differente, ma sempre nel medesimo ambito, cfr. Cons. St., sez. III, 2 dicembre 2020, n. 7646, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Anche nel panorama della giurisprudenza amministrativa, comunque, si rinviene, di recente, la posizione "innovativa" per cui le controversie in ordine all'esatto adempimento del rapporto concessorio siano da devolvere alla cognizione del giudice ordinario, proprio perché collocate nella fase privatistica di esecuzione del rapporto concessorio, senza esercizio di potere autoritativo: in tal senso si v. Cons. St., sez. V, 9 aprile 2020, n. 2348, in *Foro amm.*, 2020, 806, resa in una fattispecie in cui si è ricondotta alla giurisdizione del giudice ordinario una controversia in tema di risoluzione per inadempimento di una concessione (di servizi pubblici) e ciò sulla base del presupposto per cui l'atto dichiarativo di intervenuta risoluzione è espressione di un potere di natura privatistica avente come effetto tipico lo scioglimento del contratto, così da incidere sul diritto soggettivo del concessionario alla prosecuzione del rapporto. Conformemente cfr. anche Cons. St., sez. III, 13 ottobre 2020, n. 6181, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[21] Sul punto cfr. C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 505 ss.

[22] Secondo quanto previsto, per i servizi, da dir. p.c.m. 27 gennaio 1994 recante in tema di "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici".

[23] Sul punto, tra le tante, Cass. civ., sez. un., 10 gennaio 2019, n. 489, in *Guida al diritto*, 2019, 14, 42; Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, in *Foro amm.*, 2019, 1009, su cui si v. A.L. Ferrario, *Giurisdizione amministrativa in materia di contratti della pubblica amministrazione: la giurisdizione esclusiva si arresta al provvedimento di aggiudicazione*, in *l'amministrativista.it*, 2018; Cons. St., sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1084, in *Foro amm.*, 2020, 235; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 608, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543, in *Foro amm.*, 2019, 648.

[24] Così, Cass. civ., sez. un., 8 luglio 2019, n. 18267, cit., punto 5.3.

[25] Così C.E. Gallo, *op. ult. cit.*

[26] Così F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, cit., 2211.

[27] Rimarrebbero escluse dalle riportate riflessioni in tema di giurisdizione, secondo quanto espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento, le concessioni di lavori, da ritenersi, in ipotesi, assimilate all'appalto, sulla scorta dell'armonizzazione normativa di matrice euro-unitaria, con conseguente attribuzione al giudice ordinario delle controversie sorte in fase esecutiva. Sul punto cfr. anche Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236, in *Foro amm. CdS*, 2013, 188.

[28] In tema si v., per tutti, A.M. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. soc.*, 2020, 203 ss.

[29] Sul punto, F. Francario, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusione di un convegno di studi*, in *www.federalismi.it*, 16 dicembre 2020, in cui l'A. ammonisce circa la necessità che la differenziazione, che pure rimane ferma, tra le situazioni giuridiche soggettive, possa e debba fondare una tutela differenziata nell'ambito del processo amministrativo. In altri termini, occorre evitare, nella prospettiva ora in commento, di perdere di vista la specificità delle tutele in una sorta di ibridazione che rischierebbe di mutare il peggio e i limiti dell'una e dell'altra. Dello stesso A. si v. anche *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in questa *Rivista*, 11 novembre 2020. In tale ordine di idee, il Consiglio di Stato, nella sentenza commentata, ha ritenuto che la non riconducibilità dei poteri dell'Amministrazione a quelli propri di un rapporto paritetico, stante la immanenza dell'interesse pubblico sotteso all'attribuzione di una concessione, non si traduce in una diminuzione di tutela del contraente privato, bensì in un rafforzamento della medesima, tenuto conto della necessità che i provvedimenti adottati dall'autorità concedente in reazione dell'inadempimento del concessionario si collochino entro una cornice procedimentale che prelude ad una decisione adeguatamente motivata in punto di interesse pubblico perseguito nonchè all'esito di un contraddittorio con l'interessato.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1558 - 19 febbraio 2021

Il caso Diasorin parte seconda. Le "collaborazioni" tra strutture pubbliche ed operatori privati nel campo biomedico. (nota a Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2020, n. 8126).

di Saul Monzani

Sommario: 1. Premessa: il giudizio di primo grado e la ritenuta applicabilità delle regole dell'evidenza pubblica. - 2. Il carattere aperto della ricerca scientifica in una prospettiva di "realismo giuridico". - 3. La non applicabilità dei principi dell'evidenza pubblici ai fini della formazione di accordi di collaborazione scientifica non avente carattere escludente.

1. Premessa: il giudizio di primo grado e la ritenuta applicabilità delle regole dell'evidenza pubblica.

E' approdata al Consiglio di Stato la vicenda relativa alla convenzione stipulata dal Policlinico San Matteo di Pavia con un operatore privato ed avente ad oggetto una collaborazione finalizzata alla valutazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2 da sviluppare e successivamente produrre da parte dell'operatore predetto.

La vicenda, esaminata e decisa in primo grado dal T.A.R. Lombardia-Milano, nasce dall'iniziativa giurisdizionale assunta da un soggetto economico operante nel medesimo settore, il quale ha impugnato i provvedimenti assunti al fine di stipulare la convenzione in parola, lamentando la necessità, non rispettata, di sottoporre l'affidamento in questione alla effettuazione di una procedura competitiva, stante la natura pubblica del soggetto affidante, costituito sotto forma di fondazione rientrante nella categoria di "Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico" (IRCCS), nonché il carattere economicamente apprezzabile dell'utilità conseguita dal privato.

I giudici amministrativi di primo grado avevano accolto il ricorso, ritenendo che effettivamente la sottoscrizione della convenzione in questione dovesse essere preceduta dalla celebrazione di una procedura ad evidenza pubblica ai fini dell'individuazione del concessionario, e ciò per tre fondamentali ordini di ragioni:

- la convenzione è da qualificarsi giuridicamente come "un vero e proprio contratto a prestazioni corrispettive, con il quale la fondazione resistente, a fronte del pagamento di un compenso variamente articolato, ha messo a disposizione di un operatore economico la propria capacità tecnica e scientifica al fine di giungere all'elaborazione di nuovi prodotti da commercializzare, sulla base di un mero prototipo presentato dal predetto operatore", così esulando dal concetto di mero "accordo di collaborazione scientifica". Nell'ambito di questi ultimi, secondo i giudici amministrativi di primo grado, il soggetto pubblico è sì legittimato ad avvalersi di altri soggetti per industrializzare i risultati della sua ricerca scientifica, svolta come attività istituzionale, senza però porre la sua struttura e le sue capacità a disposizione di un particolare soggetto privato al fine di consentirgli di conseguire risultati scientifici che resteranno nell'esclusiva disponibilità del medesimo, anche per ciò che attiene alla proprietà e alla titolarità dei brevetti;

- per altra via, l'atto convenzionale impugnato è stato considerato come contratto attivo, "in forza del quale è l'amministrazione ad obbligarsi ad eseguire una serie di prestazioni in favore di un soggetto privato in cambio di un compenso variamente articolato". Ebbene, ciò assunto, se ne è fatta derivare l'applicabilità della disciplina in tema di contratti attivi, con particolare riferimento all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 s.m.i. che impone, non la stretta applicazione del Codice stesso, ma pur sempre il rispetto dei principi di "economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica", nonché con riferimento al disposto di cui ai r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e 23 maggio 1924, n. 827, i quali prevedono che i contratti dai quali derivi un'entrata per le pubbliche amministrazioni debbono essere preceduti da pubblici incanti;

- partendo dal presupposto per cui le fondazioni IRCCS costituiscono enti pubblici, si è osservato che tale qualificazione comporta la sottoposizione dei beni di cui esse sono titolari (nel caso, strumenti, apparecchiature, laboratori, materiali impiegati, conoscenze scientifiche, tecnologie, professionalità di cui l'ente dispone e che deve riservare al raggiungimento dei suoi scopi istituzionali) al regime del patrimonio indisponibile, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 830, comma 2 e 828, comma 2, del Codice civile, con la conseguenza che essi non possono essere sottratti alla loro destinazione di pubblico servizio, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano. In tale ottica, si è ritenuto che l'accordo in questione sia consistito, tecnicamente, in una concessione di beni pubblici, come tale sottoposta al rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento quanto alla individuazione del concessionario.

2. Il carattere aperto della ricerca scientifica in una prospettiva di "realismo giuridico".

Preliminarmente, il Consiglio di Stato è stato chiamato ad esprimersi sulla domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza di primo grado, accogliendola (con ordinanza n. 4270 del 16 luglio 2020), nella more di ricevere dal Ministero dell'Università e Ricerca scientifica una relazione sulle prassi applicative seguite dagli IRCCS nel sottoscrivere

convenzioni con enti pubblici o privati ai fini dello svolgimento delle proprie funzioni istituzionali nel campo della ricerca (ciò con riferimento al disposto di cui all'art. 8 del d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288, recante "Riordino della disciplina degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico").

Ebbene, il Ministero, ottemperando alla richiesta istruttoria disposta dai giudici, ha evidenziato, nella propria relazione, che nel caso di sperimentazioni e validazioni su proposta del privato, nella normale prassi di tutti i centri sedi di sperimentazione clinica (IRCCS pubblici e privati, aziende ospedaliero-universitarie e altri enti del SSN), non vengono svolte procedure di evidenza pubblica, dato che tali enti sono aperti alla collaborazione con qualunque impresa che intenda condurre una sperimentazione clinica.

Tale approdo sarebbe coerente con il fatto che il Ministero della Salute "ha collocato tra le sue priorità il trasferimento tecnologico e la creazione di sinergie tra il mondo della ricerca, il settore imprenditoriale e il territorio e ha importato tali indirizzi nell'attività di promozione dell'azione degli IRCCS".

Ciò posto, si legge nella relazione che le principali tipologie in cui si può esplicitare l'attività di ricerca, come evidenziato nella legge sugli IRCCS, comprendono, non solo quelle che partono da un'idea originale di proprietà dell'Istituto (generando, in questo caso, la prassi dell'evidenza pubblica), ma anche ogni iniziativa di trasferimento tecnologico in cui l'Istituto mette in campo il proprio *Know-how*.

Traendo spunto dalla relazione fornita dal Ministero, i giudici amministrativi d'appello hanno preso le mosse da una "prospettiva di realismo giuridico", cercando di operare una sintesi fra necessità, da un lato, di incentivare la ricerca, anche creando sinergie con gli operatori industriali del settore, e, dall'altro lato, di riconoscere e rispettare la natura pubblica dell'ente in questione nonché del suo ruolo istituzionale, pur ricomprendente, non solo la necessità di rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, ma anche il perseguimento dell'interesse pubblico alla massima evoluzione possibile, nelle forme previste dalla legge, degli sviluppi della ricerca, soprattutto in ambito sanitario ed in tempi di pandemia.

In tale prospettiva, è venuta in rilievo la "difficile coniugabilità del principio di concorrenzialità, e del relativo corollario dell'evidenza pubblica, con le sperimentazioni e le validazioni condotte dall'IRCCS su iniziativa del privato, aventi ad oggetto "invenzioni" suscettibili di tutela brevettuale", ovvero, più in generale, la difficoltà di conciliare attività di ricerca sanitaria e disciplina dei contratti pubblici.

Nel contesto così individuato, l'approdo fondamentale cui si è giunti nella sentenza ora in commento consiste nella constatazione per cui nel caso concreto deciso, a differenza di quanto accade normalmente in tema di appalti o concessioni, un problema di concorrenza non si porrebbe, in quanto l'attività di "collaborazione" della struttura pubblica è aperta, nel senso di non essere limitata a favore di un solo operatore privato, essendo, viceversa, rivolta potenzialmente a tutti gli operatori interessati operanti nel campo della ricerca scientifica. In altri termini, si è accertato, a sostegno della decisione assunta, "il carattere non esclusivo o non escludente dell'accordo contestato, e l'apertura alla valutazione di altre analoghe (anche contestuali) proposte di accordo".

Ne è stata fatta conseguire la non necessaria sottoposizione di tali forme di accordo all'obbligo dell'evidenza pubblica.

Dirimente, nel ragionamento condotto dai giudici d'appello, è stata l'obiettivo valutazione dell'oggetto dell'accordo in relazione alle finalità istituzionali della fondazione e alla conseguente disciplina normativa (costituita dall'art. 8 del d.lgs. 16 ottobre 2003 n. 288), la quale individua e descrive gli strumenti funzionali al loro perseguimento, rispetto al quale diventa recessivo l'apprezzamento circa la eventuale sinallagmaticità delle prestazioni aventi carattere patrimoniale o in merito all'utilità economica conseguita dal privato.

In sostanza, tenendo conto dello specifico contesto sistematico e teleologico, si è valorizzata la missione affidata ad enti come la fondazione coinvolta nel giudizio in questione, la quale consiste nella ricerca scientifica, il cui perseguimento presuppone anche di facilitare la ricerca dei privati, così come consentito dalle norme, speciali, che regolano il rapporto pubblico-privato in tale campo.

Pertanto, dalla predetta norma si è ricavato che al fine di "attuare comuni progetti di ricerca", "praticare comuni protocolli di assistenza" ed "operare la circolazione delle conoscenze", la forma della collaborazione è sostanzialmente libera.

Ulteriore conseguenza tratta dalla prospettazione fin qui illustrata è stata l'esclusione della fattispecie esaminata dal campo di applicazione dell'art. 9 del citato d.lgs. n. 288 del 2003, che disciplina, sottoponendole all'evidenza pubblica, le attività degli IRCCS "diverse da quelle istituzionali", pur se compatibili con le finalità di ricerca proprie di tali istituti, nonché l'impossibilità di qualificare la medesima fattispecie come concessione di bene pubblico, il che avrebbe condotto, anche per tale via, alla sottoposizione quantomeno ai principi dell'evidenza pubblica.

Alle esclusioni predette si è pervenuti, in particolare, enfatizzando l'aspetto funzionale della fattispecie, consistente nell'attività di sperimentazione, rispetto all'elemento strutturale, ovvero la asserita messa a disposizione di un complesso aziendale, valorizzato, invece dai giudici di primo grado.

3. La non applicabilità dei principi dell'evidenza pubblici ai fini della formazione di accordi di collaborazione scientifica non avente carattere escludente.

Come già evidenziato, lo spirito che ha animato i giudici amministrativi di secondo grado nell'individuare una soluzione opposta a quella raggiunta in primo grado è stato caratterizzato da una buona dose "di realismo giuridico", nell'intenzione di non imporre aggravati procedurali rispetto alle esigenze della ricerca scientifica, le quali, peraltro, appaiono particolarmente pregnanti nel periodo caratterizzato dalla pandemia, in cui l'interesse pubblico è fortemente concentrato sulla esigenza di tutela della salute (si ricorda che la convenzione oggetto di giudizio ha riguardato test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2).

Sul piano più strettamente normativo, si può osservare, sul fronte dei contratti passivi, ovvero quelli che comportano una spesa per la pubblica amministrazione, che nel previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006. n. 163, l'art. 20 sottoponeva alla disciplina del Codice stesso tutti gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A, tra cui erano compresi

i servizi di "ricerca e sviluppo" (A tal proposito, e con riferimento alle direttive previgenti, la Corte di giustizia UE, Grande sezione, 19 dicembre 2012, n. 159, in C- 159/11, in *Foro amm. Cds* 2012, 3098, ha chiarito, esprimendosi in una fattispecie di accordo tra enti pubblici in tema di ricerca scientifica, che “le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili, a condizione che tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico”).

Nel vigente Codice, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i., l'art. 158, dedicato proprio ai medesimi "servizi di ricerca e sviluppo", sempre sul fronte passivo, sottopone alla propria disciplina alcune specifiche categorie di servizi, rientranti nelle definizioni CPV quali quelli di "ricerca e sviluppo sperimentale", "di laboratorio", "di sviluppo sperimentale", apponendo però due condizioni, ovvero che i risultati appartengano esclusivamente all'amministrazione e che la prestazione del servizio sia interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'ente aggiudicatore.

Sul fronte attivo, ovvero con riferimento ai contratti da cui derivi un'entrata in capo alla pubblica amministrazione, il Codice vigente, all'art. 4, li ha sottoposti ai soli principi "di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica", così inserendo una prescrizione che, pur assente nel Codice previgente, era ed è comunque contenuta nei r.d. 18 novembre 1923, n. 244 e 23 maggio 1924, n. 827, tuttora in vigore (nessun dubbio si riscontra in giurisprudenza sulla necessità di rispetto dei principi generali predetti con riferimento ai contratti attivi stipulati dalla pubblica amministrazione: sul punto, con riferimento al vigente Codice dei contratti, cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 14 luglio 2020, n. 8066, in *Foro amm.*, 2020, 1522; T.A.R. Sardegna, sez. I, 4 marzo 2019, n.188, *ivi*, 2019, 613; con riferimento ai r.d. citati: T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 6 febbraio 2019, n. 88, *ivi*, 304; T.A.R. Veneto, sez. I, 5 settembre 2018, n.875, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Piemonte, sez. I, 18 dicembre 2015, n. 1749, *ivi*).

L'obbligo dell'evidenza pubblica è stato affermato persino con riferimento alla stipulazione dei contratti c.d. altruistici o gratuiti, ovvero quelli che comunque conferiscono ad un soggetto operante nel mercato un'opportunità di guadagno e, quindi, la possibilità di un'iniziativa economica, in astratto in grado di determinare un vantaggio competitivo (di recente, in tal senso, si v. T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 10 febbraio 2020, n. 620, in *Foro amm.*, 2020, 340).

In definitiva, in un contesto generale che sottopone qualsiasi accordo concluso da una pubblica amministrazione, o enti assimilabili, con soggetti privati quantomeno ai principi generali in tema di contratti pubblici, risulta a questo punto emergere una tipologia di rapporto pubblico-privato che si sottrae a tale esigenza.

Si tratta degli accordi di collaborazione scientifica quale strumento attraverso il quale gli IRCCS, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 288 del 2003, sono abilitati ad attuare “*misure idonee di collegamento e sinergia con altre strutture di ricerca e di assistenza sanitaria, pubbliche e private, all'interno delle quali attuare comuni progetti di ricerca, praticare comuni protocolli di assistenza, operare la circolazione*”

delle conoscenze e del personale con l'obiettivo di garantire al paziente le migliori condizioni assistenziali e le terapie più avanzate, nonché le ricerche pertinenti”.

La norma predetta, in particolare, in vista di una possibile produzione industriale dei risultati della ricerca, consente la formazione di accordi anche con soggetti privati, ponendo taluni vincoli (la trasparenza dei flussi finanziari e la rendicontazione, nonché la destinazione dei proventi economici al finanziamento delle attività istituzionali della struttura pubblica), ma non prevedendo alcunchè in ordine alle modalità di individuazione della controparte contrattuale, le quali risultano libere, perlomeno laddove si tratti di accordi non escludenti, ovvero che non impediscano ad altri operatori del settore di accedere alle medesime forme di collaborazione con una struttura pubblica.

In definitiva, il punto centrale attorno a cui ruota il ragionamento condotto dai giudici d'appello, che ha condotto a risultati opposti rispetto a quelli raggiunti in primo grado, consiste nella constatazione circa il difetto del requisito della “esclusività” del rapporto che si instaura con il soggetto privato, quale presupposto fondamentale ai fini dell'applicazione delle regole, o anche solo dei principi, a seconda dei casi, in tema di evidenza pubblica.

Ebbene, la mancanza di tale presupposto è apparsa tale da rendere irrilevante, ai fini in questione, l'apprezzamento di altre circostanze, valorizzate invece in primo grado, quali, ad esempio, il carattere sinallagmatico dell'accordo o la concreta disciplina dei rapporti tra parte pubblica e privato o, ancora, l'utilità economica acquisita da quest'ultimo.

Nel quadro così delineato, si potrebbe forse aggiungere l'esigenza di fornire, da parte della pubblica amministrazione, un'adeguata motivazione circa il carattere scientifico delle collaborazioni instaurate con soggetti privati e circa la loro rispondenza all'interesse pubblico alla luce delle funzioni istituzionalmente attribuite agli IRCCS, nonché l'esigenza da parte di questi ultimi di dotarsi di una precisa regolamentazione che attesti la disponibilità e l'impegno della struttura pubblica a collaborare con tutti i soggetti privati che lo richiedano, in presenza dei necessari presupposti, con riferimento a determinate categorie di attività. Solo per tale via, appare veramente conseguibile il rispetto dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità che comunque devono connotare ontologicamente ed imprescindibilmente l'azione di un soggetto di natura pubblica, pure se preordinato a svolgere funzioni di ricerca scientifica anche in sinergia con soggetti privati.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 2099 – 31 dicembre 2021

Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20)

di Clara Napolitano

Sommario: 1. Le ordinanze di rimessione e il caso sottoposto alla Plenaria. – 2. Sulla questione di giurisdizione: lineamenti di un contrasto giurisprudenziale. – 2.1. La rilevanza del potere amministrativo nell'elezione del plesso giurisdizionale competente. – 3. Nel merito dell'affidamento: l'apporto del privato al provvedimento, la riconoscibilità della sua illegittimità, la consapevolezza dell'impugnazione giurisdizionale. – 4. La rimproverabilità soggettiva dell'Amministrazione: margini sfocati e ricorso a principi generali di correttezza. – 5. Affidamento legittimo o incolpevole? Qualche considerazione conclusiva su un tema destinato a far discutere ancora.

1. Le ordinanze di rimessione e il caso sottoposto alla Plenaria.

Il Consiglio di Stato si pronuncia finalmente – in via, parrebbe, definitiva – sulla questione concernente il risarcimento del danno da lesione del legittimo affidamento derivante da annullamento di atto amministrativo ampliativo illegittimo.

Due i profili oggetto dell'esegesi del Giudice: quello relativo al plesso giurisdizionale competente a pronunciarsi sulla detta domanda risarcitoria; quello attinente al merito della questione, ovvero alle condizioni nelle quali – concretamente – possa ammettersi un affidamento la cui lesione merita d'esser risarcita dalla p.A. che abbia assunto, per converso, un atteggiamento “rimproverabile” ai sensi dell'art. 2043 c.c. per responsabilità aquiliana.

V'è da dirsi che l'Adunanza plenaria del Supremo consesso amministrativo è stata adita da plurime ordinanze di rimessione^[1], tutte accomunate da una prospettiva pubblicistica del problema: da più parti, dunque, si sollecitava un intervento ordinatore del Giudice amministrativo per dirimere la *quaestio* circa la giurisdizione competente a pronunciarsi sulle domande risarcitorie da lesione dell'affidamento, preferibilmente nel senso di attribuirle alla giurisdizione amministrativa; e si sono altresì cercati aspetti condivisi sulla reale consistenza dell'affidamento del privato beneficiario di un provvedimento amministrativo illegittimo.

Due in particolare tra queste ordinanze, in materia edilizia, concernevano l'affidamento del privato beneficiario di un titolo abilitativo annullato in sede giurisdizionale. Venivano, dunque, in rilievo, diversi profili: anzitutto quello del Giudice competente a pronunciarsi sulla richiesta risarcitoria di quel beneficiario (che nel giudizio di annullamento aveva assunto il ruolo di controinteressato, peraltro soccombente), stante la giurisdizione esclusiva *ex art.* 133, co. 1, lett. f), c.p.a., sulle «*controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia*»; in secondo luogo, quello relativo alle condizioni d'esistenza dell'affidamento del (già) beneficiario e della risarcibilità della relativa lesione.

Le due ordinanze seguivano percorsi parzialmente sovrapponibili, giungendo all'affermazione della giurisdizione del G.a. sulla domanda risarcitoria – nonostante il radicato e contrario avviso del Giudice ordinario e di parte degli organi della Giustizia amministrativa – a cagione del fatto che l'affidamento non è un diritto soggettivo autonomo, bensì una situazione giuridica che “segue” quella principale e che, dunque, va alla cognizione del G.o. o del G.a. a seconda che quest'ultima sia – rispettivamente – di diritto soggettivo o d'interesse legittimo. Nel merito, entrambe le ordinanze approdavano – pur con argomentazioni differenti – ad affermare che il privato beneficiario di un provvedimento ampliativo illegittimo *potrebbe* vantare un affidamento tutelabile ove questo sia «incolpevole», dunque privo di qualunque mala fede o colpa, e – al contempo – l'Amministrazione non sia incorsa in un comportamento sanzionabile per violazione della correttezza, rimproverabile a titolo di responsabilità aquiliana. Entrambe le ordinanze escludevano, altresì, in radice che l'affidamento del privato potesse sorgere e concretizzarsi ove il provvedimento fosse stato oggetto d'impugnazione e di annullamento giurisdizionale^[2].

La vicenda che ha dato la stura alla Plenaria è presto ricordata nei suoi tratti essenziali: le questioni sono sorte in un contenzioso promosso dalla parte ricorrente per la condanna dell'A.c. al risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'annullamento del permesso di costruire a favore di una porzione di un lotto di terreno che ella aveva acquistato, ottenendo la voltura del titolo a edificare. L'annullamento di quest'ultimo era stato pronunciato – in precedente giudizio – su ricorso della proprietaria confinante, promosso nei confronti del dante causa della ricorrente. Risultato vano il tentativo dell'Amministrazione di sanare ai sensi dell'art. 38, D.P.R. n. 380/2001, la situazione di abusività dell'edificazione venutasi a creare in conseguenza dell'annullamento del relativo titolo, la ricorrente ha chiesto il risarcimento dei danni subiti per avere confidato in buona fede nella legittimità degli atti di pianificazione urbanistica e del conseguente permesso di costruire a suo favore poi annullati in sede giurisdizionale. La domanda è stata accolta in primo grado^[3].

L'Amministrazione comunale, non costituitasi innanzi al Tar, ha proposto appello contestando sia la giurisdizione amministrativa nella controversia risarcitoria, in cui risulterebbe lesa l'*«affidamento che il privato avrebbe riposto nella legittimità del provvedimento impugnato*

da altri», sia i presupposti su cui si fonda la condanna al risarcimento pronunciata nei suoi confronti.

La IV Sezione, avendo ravvisato contrasti di giurisprudenza sia presso la Corte di Cassazione che presso il Consiglio di Stato, ha dunque rimesso alla Plenaria la questione, formulando i seguenti quesiti:

1) se la domanda di risarcimento del danno *«formulata dall'aveute causa del destinatario di una variante urbanistica»* annullata in sede giurisdizionale, e da cui sia derivato l'annullamento dei conseguenti permessi di costruire sia devoluta alla giurisdizione amministrativa, e *«più in generale»* se questa *«sussista sempre»* quando si debbano verificare le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, tanto su domanda del ricorrente vittorioso che del controinteressato soccombente;

2) nel merito, quando possa ravvisarsi *«un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo'»*;

3) in caso positivo, e dunque che *«si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole'»*, *«quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione»*.

Ne è derivata la sentenza qui in commento, che segna una nuova linea di confine nella giurisdizione sulla lesione dell'affidamento del privato e profila una configurazione un po' più precisa dei presupposti di sussistenza di quel medesimo affidamento.

2. Sulla questione di giurisdizione: lineamenti di un contrasto giurisprudenziale.

Le osservazioni che qui seguiranno riguardano anzitutto il profilo preliminare della giurisdizione alla cui cognizione bisogna affidare le controversie concernenti la lesione dell'affidamento per annullamento di un atto amministrativo favorevole.

Sia consentito un rinvio a quanto già osservato, in termini ricostruttivi, in un precedente contributo^[4].

Il conflitto sulla giurisdizione è stato ampiamente esplorato dalla dottrina^[5], specie dopo le note ordinanze “gemelle” della Suprema Corte, nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, nelle quali quel Giudice ha decretato la sussistenza della giurisdizione ordinaria sulle controversie aventi per oggetto il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento subito dal beneficiario di un provvedimento amministrativo illegittimo annullato. Ciò in quanto, secondo la Cassazione, veniva in rilievo *non* un pubblico potere, bensì un “comportamento” a questo non connesso, complessivamente lesivo dell'affidamento, qualificato alla stregua di un «diritto soggettivo all'integrità patrimoniale»^[6] e, come tale, rilevante ai fini della responsabilità per violazione dei principi di buona fede e correttezza^[7] e rientrante nella giurisdizione ordinaria.

In altre parole, per la Corte di Cassazione, l'annullamento – in via di autotutela o giurisdizionale – del provvedimento favorevole priva i soggetti, che ne erano stati beneficiari, del diritto conseguito illegittimamente: il ripristino della legalità violata impedirebbe a costoro

di accedere alla tutela demolitoria innanzi al G.a. e, dunque, anche alla tutela risarcitoria consequenziale e aggiuntiva alla prima.

A quel punto, l'avvenuto annullamento del provvedimento favorevole non rileverebbe quale esercizio di potere amministrativo (o giurisdizionale), e dunque non sarebbe idoneo a collocare dinanzi al G.a. la controversia che ne nasce: al contrario, esso rileverebbe solo quale “mero comportamento” assunto dall'Amministrazione che aveva rilasciato quel provvedimento illegittimo.

In altre parole, ove la p.A. abbia adottato un provvedimento favorevole ampliativo illegittimo e poi il Giudice amministrativo (su ricorso del controinteressato) o la p.A. medesima (in via di autotutela) lo abbiano poi annullato – ripristinando la situazione *jure* – l'intera sequenza comportamentale rileverebbe – per il solo beneficiario – quale atto illecito per violazione del principio *neminem laedere*, sussistendo i presupposti dell'art. 2043 c.c.. L'unica tutela invocabile per il (già) beneficiario (soccombente nel giudizio impugnatorio intrapreso dal suo controinteressato) sarebbe così quella risarcitoria fondata sull'affidamento, relativa a un danno «che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico», fondandosi su doveri di comportamento in buona fede richiesti dall'ordinamento anche all'Amministrazione. Questa tutela, però – stante la mancanza di connessione tra il danno e il potere pubblico, e la consistenza di diritto soggettivo della situazione (affidamento) fatta valere – non sarebbe riconducibile alla giurisdizione del G.a., con conseguente riserva della relativa cognizione al Giudice ordinario^[8].

Le critiche a questa lettura ne hanno evidenziato da subito d'incoerenza col sistema di tutela ordinato dalla Costituzione e dal codice del processo amministrativo sotto vari profili.

Anzitutto, quello della concentrazione delle tutele: non v'è ragione alcuna per separare le azioni da intraprendere (e i plessi giurisdizionali da adire) per ottenere ristoro dell'asserita lesione del proprio affidamento. A ben vedere, il *vulnus* al destinatario del provvedimento (prima) adottato e (poi) rimosso è stato causato non da un mero comportamento dell'Amministrazione che abbia violato i canoni di buona fede e correttezza come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento; bensì dall'esercizio di un potere amministrativo illegittimamente ampliativo. Il pregiudizio è insomma causato *anzitutto* dall'adozione del provvedimento favorevole: ne consegue che l'azione caducatoria e quella risarcitoria – anche nel caso di annullamento di un provvedimento amministrativo favorevole illegittimo – ricadono nella giurisdizione amministrativa, essendo comunque inerenti al cattivo esercizio del potere.

Il principio della concentrazione delle tutele è violato anche laddove ci si soffermi sull'orientamento della Cassazione, che consegna a due destini differenti la tutela del controinteressato danneggiato dal provvedimento ampliativo del quale ha chiesto l'annullamento; e la tutela del beneficiario (soccombente nel giudizio di annullamento) di quel medesimo provvedimento.

La Suprema Corte radica la giurisdizione in base al criterio della *causa petendi*, in ossequio al quadro costituzionale, ma lo fa intestando al controinteressato al provvedimento (ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento) un interesse legittimo *oppositivo*, la cui mancata soddisfazione nell'ambito procedimentale può essere *anche* risarcita dal G.a. nel giudizio instaurato con azione di condanna al risarcimento del danno; e, viceversa, intestando in capo

al beneficiario del provvedimento (controinteressato processuale soccombente nel giudizio di annullamento) un interesse legittimo *pretensiv*o illegittimamente soddisfatto, dal quale – a seguito dell’annullamento – residua esclusivamente un diritto soggettivo^[9]asseritamente leso: l’affidamento. Situazione che lo conduce al Giudice ordinario^[10].

La grande perplessità che l’orientamento della Cassazione porta con sé, peraltro – come si vedrà qui di seguito – prontamente sconfessata dal Giudice amministrativo, è che l’affidamento del privato costituisca una situazione soggettiva *ex se*, nella specie un diritto soggettivo: questo, indipendentemente dalla natura del rapporto principale dal quale quella lesione dell’affidamento deriva. Qualora mai la lesione derivasse da un illegittimo esercizio di potere amministrativo, questo sarebbe degradato a comportamento illecito presupposto *ex art. 2043 c.c.*

Ci si è chiesti, infatti, se davvero l’affidamento possa esser tenuto in separata considerazione rispetto alla vicenda amministrativa sottostante, tanto da affidarne la protezione a un organo giurisdizionale diverso rispetto a quello che ha il potere di cognizione su di essa: «è proprio incontrovertibile che l’affidamento sia un diritto soggettivo (o un interesse legittimo)? O meglio, è sicuro che esista un diritto all’affidamento o un diritto alla correttezza dell’azione amministrativa svincolato dalla vicenda amministrativa autoritativa? Cioè si è sicuri che la lesione dell’affidamento e la violazione della correttezza – che resta uno dei vizi di legittimità del procedimento amministrativo da tempi “sandulliani” e quindi costituisce un “parametro” del sindacato – diano invece luogo a posizioni soggettive autonome svincolate dalla vicenda sostanziale cui si riferiscono e idonee a essere riparate da un giudice diverso da quello della vicenda sostanziale? Cioè, si possono scorporare correttezza, non discriminazione, buon andamento, ecc. dal procedimento amministrativo e quindi dal luogo tipico di esercizio della funzione e di composizione tra interessi contrapposti? (Non si sottovaluti la normale trilateralità delle vicende sostanziali in esame e la potenziale plurioffensività dell’unica manifestazione del potere che si rinviene in esse). O piuttosto il giudice “ordinario” e naturale della funzione pubblica dovrebbe conoscere anche di quelle lesioni e di quelle violazioni provocate nell’esercizio del potere pubblico nell’ambito di una medesima vicenda sostanziale?»^[11].

La Plenaria qui in commento fa propria questa opinione e chiarisce che l’affidamento non è una posizione giuridica autonomamente rilevante, ma è un *quid pluris*, che assume la natura del rapporto principale sul quale s’innesta. Nel caso di provvedimento ampliativo illegittimo poi annullato, in altre parole, il danno al suo beneficiario non è pervenuto dal “comportamento complessivo” dell’Amministrazione, bensì dall’illegittimo esercizio del potere.

Vediamo.

2.1. La rilevanza del potere amministrativo nell’elezione del plesso giurisdizionale competente.

La conseguenza di questo assunto è che l’affidamento – non essendo una situazione giuridica autonomamente configurabile – s’inserisce nella più nota dicotomia tra interessi legittimi e diritti soggettivi. Sicché esso assumerà la natura propria degli uni o degli altri a seconda che il rapporto principale rientri nell’una o nell’altra categoria.

Sicché, ove il rapporto principale abbia natura privatistica, anche la lesione dell'affidamento s'innesterà nell'ambito privatistico e si configurerà come lesione di un diritto soggettivo. Viceversa, ove il rapporto sottostante presenti caratteri pubblicistici, essa assumerà la natura di interesse legittimo.

Come noto, ciò che distingue un rapporto avente natura pubblicistica da uno avente natura privatistica sta nell'esercizio del potere pubblico. È per questo che la Plenaria attinge a piene mani a quel serbatoio giuridico costituito dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 204/2004 e 191/2006, le quali – è fatto notorio – hanno delineato un sistema di riparto nel quale la giurisdizione del G.a. – sia in sede di legittimità sia (in particolare) in sede esclusiva – è strettamente connessa alla veste autoritativa assunta dalla p.A. nel rapporto. Ciò che è facilmente identificabile allorché l'Amministrazione espliciti la sua attività attraverso atti e provvedimenti formali; meno quando lo faccia tramite comportamenti: poiché in questa ipotesi «deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del G.a. delle controversie relative a comportamenti collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere».

Sicché, per la Plenaria anche l'affidamento è soggetto al riparto di giurisdizione delineato dalla Costituzione e dalla Consulta nelle sue note pronunce: la sua lesione va alla cognizione del G.a. sia nel caso di richiesta risarcitoria derivante dall'annullamento di un atto o provvedimento *ex art. 7 c.p.a.*, e dunque nella giurisdizione di legittimità sugli interessi legittimi; sia nel caso di azione risarcitoria intentata dal controinteressato processuale soccombente nei giudizi su quei rapporti nei quali interessi legittimi e diritti soggettivi sono indistinguibili, e cioè in giurisdizione esclusiva^[12].

La rispondenza al sistema costituzionale di tutela è presto spiegata, anche facendo ricorso alla storia derivante dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, in seguito alla cui emanazione è stato necessario che il Costituente creasse una «unità funzionale e non organica della giurisdizione nazionale»: v'è un Giudice naturale^[13] per ciascuna delle due situazioni soggettive contemplate dalla Costituzione agli artt. 24 e 113 Cost., poiché al giudice ordinario spetta la cognizione sui diritti soggettivi e al giudice amministrativo quella sugli interessi legittimi, fatte salve le materie di giurisdizione esclusiva, in cui è concentrata presso quest'ultimo la tutela di entrambe le situazioni, poiché nelle «speciali materie» *ex art. 103 Cost.* queste si presentano inestricabilmente intrecciate.

Ciò in quanto – se la legge abolitrice del contenzioso amministrativo aveva assegnato ai Tribunali ordinari la cognizione dei diritti civili e politici, «comunque vi possa essere interessata la pubblica Amministrazione», lasciando la cura di tutti gli altri «affari non compresi» alla stessa p.A. – l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato con la legge Crispi del 1889 aveva recuperato la dimensione giurisdizionale della tutela degli «interessi», affidandola al neonato Giudice amministrativo.

Il lungo cammino dell'ammissibilità della risarcibilità di quegli interessi – ove danneggiati dall'Amministrazione nell'esercizio del suo potere autoritativo – è poi passato attraverso diverse, faticose tappe, legislative e pretorie: dapprima esclusi dalla tutela risarcitoria, gli interessi legittimi sono stati ritenuti risarcibili per responsabilità oggettiva dell'Amministrazione nell'ambito degli appalti^[14]; e solo dopo, a seguito della generalizzazione della loro risarcibilità in tutti gli ambiti d'esercizio del potere amministrativo, è stata loro accordata tutela risarcitoria derivante da responsabilità aquiliana *ex art. 2043*

c.c.[15]. La relativa cognizione è transitata, peraltro, dal Giudice ordinario al Giudice amministrativo sia nella giurisdizione generale di legittimità, sia nelle materie di giurisdizione esclusiva, ove sussista il potere autoritativo della p.A.

Ma v'è un aspetto chiarito dalla Corte costituzionale proprio in relazione alla natura dell'azione risarcitoria: e cioè che «il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova “materia”» attribuita alla giurisdizione del Giudice amministrativo, 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»[16]. A stretto rigore se ne deve desumere che il risarcimento è una tecnica di tutela del Giudice amministrativo in giurisdizione generale di legittimità, che ad essere azionato per tale via, è l'interesse legittimo e non il diritto soggettivo[17].

Il risarcimento, in altre parole, *non* è oggetto di un diritto soggettivo, bensì un *rimedio* a tutela delle posizioni giuridiche tutte, siano esse di diritto soggettivo o d'interesse legittimo. Come tale, esso va chiesto al plesso giurisdizionale competente per la tutela della posizione giuridica sottostante. Dunque anche al G.a., poiché il giudizio amministrativo «assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa»[18].

Un assetto, questo, confermato anche dal c.p.a., il cui art. 7, co. 1 e 7, assegna al G.a. la cognizione delle controversie «nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»; e declina il principio fondamentale di effettività (sancito dall'art. 1 c.p.a.) nel senso che esso «è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi».

Ora, come detto l'affidamento rientra esattamente in questa dicotomia. Esso ha cittadinanza certo nei rapporti interprivatistici, nell'ambito dei quali peraltro nasce[19]. Ma, trattandosi di un principio generale più che di una situazione soggettiva autonoma, esso trova applicazione anche nei rapporti pubblicistici di diritto amministrativo: rilevando non come diritto soggettivo *ex se*, bensì come «principio generale dell'azione amministrativa»[20] che fa sorgere nel destinatario del provvedimento favorevole l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale atto.

In altre parole, ciò che viene in rilievo è la fiducia del privato beneficiario nella legittimità del provvedimento e dunque nella stabilità dei suoi effetti favorevoli: quella che viene protetta, allora, è la delusione della fiducia (mal)riposta nell'esercizio del potere favorevole.

Ne deriva che la giurisdizione è devoluta al G.a. perché la “fiducia” su cui riposava la relazione giuridica tra Amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce «non già ad un comportamento privato o materiale – a un “mero comportamento” – ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'Amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali

che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo»[21].

L'Adunanza plenaria è su questo estremamente chiara: ove l'Amministrazione "tradisca" la fiducia del privato che aveva confidato nella legittimità e nella stabilità degli effetti del provvedimento, lo fa nell'ambito dell'esercizio di un pubblico potere, dunque la giurisdizione va al Giudice amministrativo.

E non v'è distinzione tra il beneficiario e il controinteressato al provvedimento ampliativo illegittimo: è col medesimo atto amministrativo, che l'Amministrazione può aver danneggiato tanto l'uno quanto l'altro, pertanto non v'è ragione di assegnare la giurisdizione circa le richieste risarcitorie a due Giudici diversi[22].

D'altra parte, che l'affidamento sia situazione accessoria rispetto al rapporto amministrativo principale è dimostrato anche dal dato normativo. Lo analizza correttamente la Plenaria: l'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241/1990, per il quale i «rapporti tra il cittadino e la pubblica Amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»[23].

Si tratta di una disposizione che prende atto del mutamento del procedimento amministrativo da segreto e unilaterale a partecipato e paragiurisdizionale. Si deve cioè ormai tener conto del fatto che il provvedimento che conclude la diacronia procedurale di atti – sia stata avviata essa su istanza di parte od officiosamente – è una vera e propria *decisione partecipata*[24]. I suoi effetti sono, sì, unilaterali. Ma vengono da una determinazione che la p.A. assume *insieme* al privato.

Questo ha due conseguenze fondamentali: sul piano provvedimentale, che la decisione è l'effetto della partecipazione al processo creativo *sia* della p.A. *sia* del privato; sul piano comportamentale, che entrambe le parti sono tenute a rispettare i principi della buona fede e della correttezza nel rapporto pubblicistico che si crea[25]. Il quale si nutre anche del principio fondamentale dell'affidamento: senza per questo vestirsi di natura interprivatistica.

A questo proposito è utile il richiamo a un noto precedente del Consiglio di Stato[26] che ha statuito la sussistenza della responsabilità precontrattuale della p.A. in caso di revoca di un bando di gara: nonostante la revoca possa esser legittima, il piano della responsabilità ne è completamente svincolato. È dunque ben possibile che l'Amministrazione agisca legittimamente, ma violando canoni di correttezza e buona fede, risultando così responsabile *ex* art. 1337 c.c. Da un unico esercizio di potere possono derivare conseguenze autonome: legittimità del provvedimento e illiceità del comportamento. Entrambi, però, vanno valutati sotto il profilo pubblicistico, perché connessi – appunto – all'esercizio di potere. E la responsabilità è affermata proprio per la lesione dell'affidamento delle imprese che hanno partecipato alla gara e hanno incolpevolmente confidato nel suo buon esito e nella stabilità degli effetti dell'aggiudicazione, condizionando anche loro altre scelte imprenditoriali. Tutto ciò non ha nulla a che vedere con la legittimità – o anche la doverosità – di un provvedimento di revoca[27]: è oggetto d'esame autonomo, che s'innesta però pur sempre in un rapporto di natura pubblicistica perché connotato da un agire autoritativo dell'Amministrazione.

In questa prospettiva, l'affidamento del privato «si proietta sulla positiva conclusione del procedimento, e dunque sull'attuazione dell'interesse legittimo di cui il medesimo [privato] è

portatore, ma che diventa in sé tutelabile in via risarcitoria se l'amministrazione con il proprio comportamento abbia suscitato una ragionevole aspettativa sulla conclusione positiva del procedimento. E ciò a prescindere dal fatto che il bene della vita fosse dovuto ed anche se si accertasse in positivo che non era dovuto»[28]: ai fini dell'affermazione di una responsabilità della p.A. nella lesione dell'affidamento bisogna dunque guardare *non tanto* la legittimità o meno del provvedimento ampliativo; bensì il tenore comportamentale dell'Amministrazione stessa, la quale può aver suscitato una "ragionevole aspettativa" sulla favorevole conclusione del procedimento.

Si parla, dunque, del comportamento *pubblicistico* dell'Amministrazione: ne deriva che resta competente, in aperto contrasto con l'orientamento consolidato della Cassazione[29], il Giudice amministrativo *sia* nella giurisdizione generale di legittimità (tanto per provvedimenti tanto per atti e comportamenti) *sia* nella giurisdizione esclusiva.

3. Nel merito dell'affidamento: l'apporto del privato al provvedimento, la riconoscibilità della sua illegittimità, la consapevolezza dell'impugnazione giurisdizionale.

L'Adunanza plenaria si diffonde, poi, sui requisiti che devono sussistere perché l'affidamento del privato possa dirsi "legittimo". O meglio, per usare proprio le parole del Collegio, "incolpevole".

Anche qui bisogna fare un piccolo passo indietro all'ordinanza di rimessione. La Sezione rimettente aveva, infatti, espresso un'opinione molto rigorosa sui requisiti dell'affidamento, escludendo che esso possa configurarsi ogni qualvolta la p.A. annulli un proprio provvedimento favorevole illegittimo o – su impugnazione del controinteressato – lo faccia il Giudice. Optando per una valutazione caso per caso, il Giudice aveva dunque ritenuto che il privato dovesse versare inequivocabilmente in una situazione di buona fede soggettiva e di assenza di colpa: tale ritenendosi lo stato di chi ha ragione di fidarsi nella legittimità del provvedimento a sé favorevole, restandone invece esclusa l'ipotesi d'impugnazione giurisdizionale o di illegittimità riconoscibile.

La posizione espressa dalla Sezione rimettente era particolarmente rigida poiché si rifaceva al principio di autoresponsabilità del privato, attribuendo a costui una determinante efficacia causale dell'illegittimità del provvedimento: non si può dolere dell'annullamento (da parte della p.A. o del Giudice) chi abbia contribuito – con la propria istanza «oggettivamente non accoglibile» – a dar vita al provvedimento illegittimo.

Secondo la Sezione, concedere il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento significava sgravare il privato dalla sua corresponsabilità: addirittura, dargli la possibilità di beneficiare della compensazione economica risarcitoria derivante dal (giusto) annullamento del provvedimento illegittimo alla cui emanazione egli stesso aveva contribuito.

La lettura aveva suscitato anche qualche perplessità: se non altro perché conduceva al risultato opposto, ovvero accrescere il peso della responsabilità sul privato, lasciando invece totalmente deresponsabilizzata l'Amministrazione[30].

Perplessità che è stata colta dall'Adunanza plenaria, la quale ha smorzato l'efficacia causale dell'istanza inaccoglibile del privato, richiamando il ruolo di garanzia dell'Amministrazione per l'interesse pubblico tutelato. In altre parole, vero è che il privato può presentare una istanza oggettivamente non suscettibile d'accoglimento e non può quindi giovare – nemmeno indirettamente, in via risarcitoria – del vantaggio indebitamente percepito; è però anche vero che l'Amministrazione ha un ruolo altrettanto determinante laddove abbia – erroneamente – accolto l'istanza e provveduto favorevolmente, venendo meno al suo compito di proteggere l'interesse pubblico intestatole[31].

In questo senso l'Adunanza plenaria parla di affidamento «incolpevole»: basato cioè su una situazione di apparenza costituita dall'Amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, in cui il privato abbia *senza colpa* confidato.

Quindi, per un verso il privato non può avvantaggiarsi indebitamente degli effetti del provvedimento illegittimo, chiedendo il risarcimento della “delusione” della sua aspettativa di stabilità: poiché, se così fosse, la tutela risarcitoria compenserebbe il bene della vita perso, non certo il suo affidamento[32].

Per altro verso, ove però la sua aspettativa sia “ragionevole” perché indotta dall'Amministrazione medesima senza colpa di costui, allora la tutela risarcitoria interverrebbe a ristorare il convincimento ragionevole che quel vantaggio spettasse al privato.

Si deve, dunque, guardare al *grado di colpa* dell'Amministrazione: che muta a seconda che il vizio del provvedimento sia manifesto o comunque riconoscibile dal privato. È noto che la responsabilità della p.A. nell'ambito della sua attività provvedimentale segue i criteri dell'art. 2043 c.c. e si è ormai assestata su un “adattamento” della responsabilità aquiliana, tale per cui la c.d. colpa d'apparato è presunta nel caso di atto illegittimo, ma si tratta di presunzione semplice, superabile dalla p.A. adducendo la prova contraria dell'errore scusabile[33].

Rientra tra le fattispecie d'errore scusabile anche l'illegittimità manifesta del provvedimento: che consente di ritenere che il privato ne potesse pertanto essere consapevole e, quindi, di escludere o attenuare la colpa dell'Amministrazione.

Infatti, poiché percepibile *ictu oculi*, questa patologia marchiata esclude in radice un affidamento tutelabile: lo conferma la giurisprudenza sul risarcimento del danno chiesto proprio a seguito dell'adozione di atti di autotutela su provvedimenti illegittimi, la cui ragionevolezza è tarata sul «tipo di vizio che affligge l'atto»[34].

Insomma, ci devono essere circostanze che obiettivamente giustificano l'aspettativa sul risultato utile (o sulla conservazione dell'utilità ottenuta) serbata dal privato. Se questa si regge solo su un intimo *animus*, contrario a dati che invece suggeriscono la prevedibilità dell'esito demolitorio, non è risarcibile.

Nessun automatismo per il risarcimento della lesione dell'affidamento. Né in senso positivo, collegandolo alla sola buona fede soggettiva del privato; né in senso negativo, addossando a costui il costo dell'improvvido accoglimento di una sua istanza non accoglibile.

Quanto, poi, al rilievo sull'elemento soggettivo dell'affidamento dell'impugnazione giurisdizionale del provvedimento. Anche qui le osservazioni della Plenaria sono generate dal

rigido argomentare della Sezione rimettente: chi esegue un provvedimento per sé vantaggioso a dispetto della sua impugnazione da parte del controinteressato sostanziale, e dunque a dispetto del giudizio caducatorio instauratosi, «lo fa a suo rischio e pericolo».

È probabile che le parole della Sezione abbiano inteso colpire coloro che fraudolentemente, nonostante la – anzi, proprio *a causa* della – impugnazione del provvedimento, vi diano esecuzione sì da non poter poi, nelle more del giudizio, ridurre in pristino la situazione.

Di certo, quanto meno nella fattispecie dell'impugnazione di titoli edilizi, la Plenaria ha avallato questa lettura, per la quale l'instaurazione del giudizio caducatorio da parte di chi vi abbia interesse deve avvenire «senza indugio»^[35], poiché il decorso del tempo è idoneo a consolidare l'affidamento del beneficiario; se ne deduce che, viceversa, la tempestiva impugnazione del titolo edilizio interrompe quel lasso temporale d'inerzia e impedisce che venga a configurarsi un affidamento tutelabile del privato.

Pertanto, con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce – per un verso – a escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto, e addirittura da questo avvertita allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta a ipotizzare un affidamento tutelabile prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

Si resta piuttosto perplessi da questa ricostruzione: se non altro perché essa sembra non tener conto della presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo, la quale trova il suo fondamento nel principio generale di certezza del diritto in ossequio al quale l'atto amministrativo – pur (asseritamente) invalido – produce i suoi effetti giuridici dalla sua emanazione e il ricorso non è idoneo a sospenderne l'efficacia salvo l'accoglimento di una specifica domanda in tal senso del ricorrente.

Paradossalmente, il controinteressato sostanziale (ricorrente) potrebbe non inoltrare al Giudice istanza sospensiva cautelare e il beneficiario dell'atto (controinteressato processuale) potrebbe comunque non portarlo a esecuzione, nonostante la sua presunzione di legittimità, pena la perdita di un diritto al risarcimento, nel caso di soccombenza, per lesione dell'affidamento.

4. La rimproverabilità soggettiva dell'Amministrazione: margini sfocati e ricorso a principi generali di correttezza.

Di contro all'attenzione prestata all'affidamento del privato, le considerazioni sul comportamento dell'Amministrazione si fanno più rapide e meno puntuali.

C'è un presupposto necessario, già accennato più sopra: la responsabilità dell'Amministrazione da comportamento o da provvedimento è ancorata al paradigma extracontrattuale, dunque è contraddistinta dalla colpa d'apparato, eliminabile con la dimostrazione dell'errore scusabile.

Ne deriva che, in assenza dell'errore scusabile, l'Amministrazione è ritenuta responsabile dell'affidamento ingenerato nel privato, ove costui dimostri di versare in condizioni di buona fede soggettiva e oggettiva.

È l'infiltrazione del principio di responsabilità dell'Amministrazione nel procedimento amministrativo: principio che assume pienamente, oggi, valenza sostanziale, e che già dovrebbe ritenersi presente nell'attività amministrativa dal rinvio che l'art. 1, l. n. 241/1990 opera ai principi del diritto comunitario[36].

Eventuali condotte "riparatorie" della p.A. non valgono, poi, ai fini dell'esclusione della sua responsabilità: al contrario, se l'Amministrazione adotta iniziative di qualunque genere per difendere il provvedimento – o i suoi effetti – per tenere indenne il privato dall'eventuale annullamento, questo comportamento non rientra tra le scusanti. Esso è idoneo a rafforzare l'affidamento, e quindi ad aggravare la delusione in caso di annullamento dell'atto.

L'impianto argomentativo dell'Adunanza plenaria impone, pertanto, di considerare il comportamento dell'Amministrazione non soltanto per ciò che concerne il suo contributo alla formazione del provvedimento illegittimo, ma anche per quanto riguarda la sua condotta *successiva* alla sua adozione.

Come a dire che, ove la p.A. abbia emanato un atto favorevole *contra legem*, difenderlo resistendo nell'eventuale giudizio instaurato non la esimerà dal dover risarcire al suo beneficiario il danno per lesione dell'affidamento, ove costui sia in completa buona fede: né il fatto che egli si sia costituito in giudizio in qualità di controinteressato al ricorso – e dunque anche lui per difendere quel provvedimento – può in alcun modo attenuare la rimproverabilità del comportamento dell'Amministrazione[37].

5. Affidamento legittimo o incolpevole? Qualche considerazione conclusiva su un tema destinato a far discutere ancora.

Non v'è dubbio che la pronuncia qui in commento abbia determinato l'avvio di una nuova *querelle* in tema di giurisdizione sul danno da lesione del legittimo affidamento.

Il fulcro centrale della questione diventa – più che la *causa petendi*, la quale finora aveva condotto a una discutibile distinzione tra interesse legittimo oppositivo deluso e interesse legittimo pretensivo non soddisfatto – l'esercizio di potere autoritativo o meno.

La Plenaria ha chiarito che sussiste la giurisdizione amministrativa ogni qualvolta il privato lamenti la lesione del suo affidamento derivante – in via immediata o mediata – dall'esercizio di potere pubblico: perché il legittimo affidamento non è una situazione a sé stante, non è un diritto scorporabile dal rapporto amministrativo sottostante. È un principio applicabile a tutti i rapporti e la sua tutela – risarcitoria – è uno strumento ulteriore che si aggiunge all'armamentario del Giudice amministrativo.

L'Amministrazione può bensì deludere l'aspettativa di un privato e per questo esser giudicata dal Giudice ordinario, ma solo quando detta delusione avvenga nell'alveo di un rapporto *jure privatorum*, per esempio quando la p.A. agisca, come qualunque soggetto di diritto, tramite

contratto o qualunque altro strumento che escluda l'uso del potere ma involga le dinamiche del consenso paritario.

Viceversa, quando la delusione dell'aspettativa privata avvenga nell'alveo di un rapporto la cui instaurazione è legata all'esercizio di potere pubblico autoritativo, non v'è spazio per la giurisdizione ordinaria: il rapporto di base è sperequato, gli interessi sono asimmetrici, tanto che l'affidamento del privato non è riposto in un comportamento specifico della p.A. nei suoi confronti, bensì nella legittimità del provvedimento e nella stabilità dei suoi effetti.

Da questo assunto deriva un'osservazione, sulla scia di autorevole dottrina^[38].

E cioè che forse il richiamo all'incolpevolezza dell'affidamento potrebbe non essere appropriato, poiché quel concetto è imbevuto di paritarietà interprivatistica.

Nel diritto civile la tutela dell'affidamento si rende necessaria laddove questo, ingenerato dal comportamento altrui che ha fatto nascere un'aspettativa, sia stato poi causa anche di una determinata condotta, rivelatasi pregiudizievole: è ciò che rende l'affidamento "incolpevole". Viceversa, nei rapporti pubblicistici le cose sono molte diverse. Perché il rapporto amministrativo ha una forma determinata, non vige il principio di libertà: e la forma è quella degli atti amministrativi soggetti allo scrutinio di legittimità secondo i principi che regolano l'attività amministrativa. Sono principi «connotati in senso obiettivo, che non danno spazio alla valutazione dei fattori di ordine personale che sono spesso determinanti per l'insorgere dell'affidamento "incolpevole" nei rapporti tra i privati»^[39]. Sicché, nel diritto amministrativo, quell'affidamento – più che incolpevole – è "legittimo".

Il richiamo a categorie interprivatistiche denota dunque lo sforzo di sganciare la tutela dell'affidamento da quella della legittimità dell'azione amministrativa: provando a far convivere due realtà – quella legata a parametri di soddisfazione dell'interesse pubblico e quella legata alla riparazione della delusione (non dell'interesse privato, bensì) dell'aspettativa – che sono rette da due regole d'ingaggio differenti.

La p.A., che agisce in via d'autorità ed è dunque sottoposta al vaglio della legittimità dei suoi provvedimenti, è trattata *anche* come un soggetto privato, che nulla "deve", ma comunque tenuta al rispetto del principio più ampio di correttezza.

Sicché, un'Amministrazione che si espone all'adozione di un provvedimento ampliativo illegittimo deve stare attenta due volte, anzi tre: all'annullamento (sanzione costitutiva), al risarcimento del controinteressato e del già beneficiario deluso.

Il rischio paralisi è più che evidente: ricadendo così nella prassi dell'Amministrazione difensiva che preferisce restare inerte. In barba a ogni intervento legislativo che invece mira all'azione, quale che essa sia.

Seguono alcuni palliativi: un'approfondita disamina della effettiva legittimità dell'affidamento, con uno scrutinio dei parametri oggettivi e soggettivi di assoluta buona fede del privato; la concomitante possibilità per l'Amministrazione di fornire la prova dell'errore scusante per evitare la rimproverabilità della colpa d'apparato.

In ciò giocano un ruolo fondamentale le due eccezioni che escludono in radice qualunque affidamento e dunque la logica del caso per caso: l'impugnazione del provvedimento dinanzi al G.a. da parte del suo controinteressato e la riconoscibile illegittimità.

Se l'uno è comunque un parametro oggettivo, che rende prevedibile l'annullamento e dunque impedisce il formarsi di una vera e propria "delusione" o "sorpresa" del privato beneficiario; l'altro resta ancora piuttosto fumoso, peraltro nuovamente rischiando di sovrapporre il piano della legittimità dell'atto (che risponde a interessi pubblici e principi legislativi) con quella della buona fede del privato deluso (che risponde invece a parametri comportamentali diversi dalla sfera della legittimità).

Questo secondo aspetto, in particolare, è destinato, nell'opinione di chi scrive, a nuovi arresti giurisprudenziali che ne definiscano i contorni. Quello, di cui in apertura, in punto di giurisdizione, è invece in aperto contrasto con l'orientamento delle Sezioni Unite, alle quali – senza alcun velo – la Plenaria "lancia" la sfida. Ci penserà, dunque, un ricorso per motivi di giurisdizione *ex art. 111 Cost.*, a riaprire la *querelle* tra Giudice ordinario e amministrativo.

Alla prossima puntata.

[1] Cons. Stato, II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013, in *Giustiziasieme.it* con nota di C. Napolitano, *Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato*, 27 aprile 2021; Cons. Stato, II, ord. 6 aprile 2021, n. 2753; Cons. Stato, IV, 11 maggio 2021, n. 3701, in *Giustiziasieme.it*, con nota di G. Capra, *La lesione dell'affidamento: i dubbi sulla giurisdizione e sulla tutela del privato*, 2021.

V'è da sottolinearsi, peraltro, che l'ordinanza Cons. Stato, II, n. 2753/2021, cit., concerneva prettamente la domanda di risarcimento dei danni per responsabilità *precontrattuale* derivanti dall'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico di lavori: pronunciava dunque sulla responsabilità della pubblica Amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale. Sull'ordinanza si è pronunciata l'Adunanza plenaria con sentenza del 29 novembre 2021, n. 21, la quale ha affermato il principio secondo cui «nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità *precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa*». In altre parole – in disparte il profilo della giurisdizione, non oggetto di vaglio giurisprudenziale – la p.A. nella veste di stazione appaltante può incorrere in una responsabilità *precontrattuale* per violazione dei canoni di correttezza e buona fede indipendentemente dalla legittimità del suo operato. Principio, questo, già fortemente affermato in Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, più volte richiamata anche nella Plenaria qui in esame, la n. 20/2021.

[2] Su questo punto le argomentazioni assumono percorsi profondamente differenti. Per la II Sezione, non vi potrebbe essere affidamento tutelabile laddove il provvedimento ampliativo sia annullato dal Giudice perché dal potere giurisdizionale non si può pretendere nulla: non v'è affidamento da riporre nell'Autorità giurisdizionale, la quale agisce esercitando un potere terzo e imparziale volto a dirimere le controversie e non a bilanciare interessi. Viceversa, per la VI Sezione l'affidamento del beneficiario non è tutelabile laddove il provvedimento sia stato impugnato – e annullato dal G.a. – in quanto la mera impugnazione è di per sé un fattore di conoscibilità dell'illegittimità dell'atto e l'annullamento di quest'ultimo non è un evento imprevedibile, tale da "deludere" il beneficiario/controinteressato processuale.

[3] Tar Marche, 6 maggio 2020, n. 268, il quale ha ravvisato la «colpa d'apparato» dell'Amministrazione comunale, consistita nell'adozione dell'illegittima variante urbanistica e il nesso di causalità tra questa e il relativo annullamento in sede giurisdizionale: la ricorrente infatti «aveva acquistato il terreno per realizzarvi una dimora estiva» e «non avrebbe verosimilmente acquistato un terreno di cui non era possibile la trasformazione edilizia». La sentenza di primo grado ha quindi condannato il Comune al risarcimento dei danni consistenti nel maggior valore del terreno acquistato correlato alla

sua illegittima destinazione edificatoria e nelle spese sostenute per l'edificazione e per la successiva demolizione del fabbricato su di esso realizzato.

¹⁴¹ C. Napolitano, *Risarcimento e giurisdizione*, cit.

¹⁴² V. in proposito, G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2016, pp. 483 ss.; C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, pp. 564 ss.; F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 24/2011; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *Federalismi.it*, n. 7/2011; P. Chirulli, *Responsabilità da comportamento. Report annuale 2011*, in *Jus Publicum*, www.jus-publicum.com, 2011; da ultimo – più in generale sulla tutela dell'affidamento alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali della Cassazione – v. anche M. Filippi, *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in *Giustiziasieme.it*, 11 febbraio 2021.

¹⁴³ Così Cass., SS.UU., ord. 4 settembre 2015, n. 17586: «L'azione di risarcimento dei danni per l'affidamento incolpevole del beneficiario del provvedimento amministrativo emesso illegittimamente e poi rimosso per annullamento in autotutela divenuto definitivo o per annullamento in sede giurisdizionale spetta alla giurisdizione del G.o.; il solo fatto che nella fattispecie rilevi l'agire della p.a. che ha portato all'adozione del provvedimento favorevole illegittimo non giustifica che la lesione che si manifesta *ex post* quando tale provvedimento viene rimosso, e fa sorgere eventuale diritto al risarcimento del danno da affidamento incolpevole, sia riferibile all'interesse legittimo che il beneficiario aveva in relazione a quell'agire, e ciò in quanto quell'interesse pretensivo non era già l'interesse all'agire legittimo della p.A., bensì quello all'emanazione del provvedimento ampliativo, che è stato, sia pure illegittimamente, soddisfatto. Ciò che viene in rilievo successivamente all'annullamento è piuttosto il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, con conseguente giurisdizione del G.o.». A commento di quest'ordinanza, cfr. M. Sinisi, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2015, pp. 1059 ss.

¹⁴⁴ Cass., SS.UU., ord. 22 giugno 2017, n. 15640, statuisce che la responsabilità da annullamento in autotutela della p.A. non ricade né nella responsabilità aquiliana né in quella contrattuale, pur essendo più vicina a quest'ultima a causa del «contatto» qualificato tra le parti; la posizione giuridica ricoperta dal privato, peraltro, non ricadrebbe nell'interesse legittimo ma sarebbe «assimilabile» al diritto soggettivo.

¹⁴⁵ Le perplessità espresse sul punto, all'epoca dell'emanazione delle ordinanze, da M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 11, sono chiare e condivisibili, poiché «il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico e coerentemente la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo: tanto più se esso ha già conosciuto in sede cognitoria della sua legittimità (su ricorso del terzo leso nel suo interesse oppositivo o del destinatario leso dal suo annullamento d'ufficio)». Questo a meno che la situazione di legittimo affidamento non sia considerata diritto soggettivo, tutelabile innanzi al Giudice ordinario: orientamento, questo, progressivamente consolidatosi negli anni successivi.

¹⁴⁶ Peraltro deve darsi atto di un'attenta opinione secondo la quale l'interesse legittimo pretensivo risulterebbe leso anche dall'illegittima adozione di un provvedimento ampliativo: secondo C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, pp. 564 ss., spec. p. 569-570: «l'interesse legittimo vantato dal cittadino [...] è sempre il medesimo, e cioè è la pretesa ad un provvedimento (non solo) favorevole (ma anche) frutto dell'attività legittima dell'amministrazione [...]. [...] l'interesse legittimo non può essere disgiunto dalla legittimità del provvedimento». Viceversa, secondo F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 462 ss., la legittimità del provvedimento ampliativo è una qualità affatto indifferente per il privato destinatario, il quale più semplicemente mira al conseguimento e alla stabilità degli effetti di quel provvedimento.

¹⁴⁷ Vi sarebbe interesse legittimo soltanto a fronte della illegittima negazione di un bene della vita e non dinanzi all'illegittimo – e, pertanto, necessariamente instabile – riconoscimento di siffatto bene. Una lettura, questa, che porta inevitabilmente il titolare di un interesse pretensivo illegittimamente insoddisfatto a rivolgersi al G.a. per il danno derivante dall'illegittimo diniego, mentre il titolare di un interesse oppositivo all'eventuale annullamento d'ufficio a rivolgersi al G.o. per chieder il risarcimento dei danni: situazioni soggettive che potrebbero riguardare tanto i destinatari dei provvedimenti quanto i controinteressati, non essendo certo infrequente che un medesimo provvedimento, frutto di un medesimo unico esercizio di potere, generi interessi contrastanti nei soggetti che ne subiscono gli effetti diretti o riflessi. Cfr. M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2011, p. 896 ss., spec. p. 809.

¹⁴⁸ F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito*, cit., p. 9.

^[12] Queste le parole d'apertura della parte in diritto della Plenaria in commento: «sussiste la giurisdizione amministrativa tanto sulle domande aventi ad oggetto le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, quanto nel caso di specie, in cui la domanda risarcitoria sia proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione nella materia "urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio", devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), del codice del processo amministrativo» (corsivo originale).

^[13] M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2010, pp. 143 ss., per il quale il diritto amministrativo è una branca giuridica d'esistenza necessaria, poiché è l'unico nato per regolare rapporti squilibrati, fondati su interessi diseguali, con l'intento di perequarli e garantire il privato nei confronti del potere amministrativo; conseguentemente, questi rapporti hanno un loro Giudice naturale: «il giudice amministrativo, così come già evidenziava l'antica giurisdizione pubblica, si può giustificare come giudice speciale non nella veste odiosa, per la mentalità giuridica moderna, del giudice *ratione personae*, bensì del giudice *ratione materiae*: la materia o la specialità è appunto il diritto amministrativo. È questo il vero tradizionale fondamento dell'esistenza di questo giudice che, infine, nonostante il sempre mistificatorio riferimento alle posizioni soggettive, ha riconosciuto il nostro giudice delle leggi, qualificando il giudice amministrativo come "giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica" (Corte cost. n. 191/2006 e n. 140/2007)».

^[14] Il riferimento è alla Direttiva c.d. Rimedi, 89/665/CEE del 21 dicembre 1989, e all'art. 13, l. n. 142/1990: «1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. 2. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo».

^[15] Queste, in estrema sintesi, le tappe dopo il 1992:

– d.lgs. n. 80/1998, con attribuzione della giurisdizione sul risarcimento danno al Giudice amministrativo;

– Cass. SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, che ha riconosciuto nell'interesse legittimo una situazione giuridicamente rilevante di natura sostanziale, concernente il «bene della vita» connesso all'esercizio del potere, sentenza che ha ritenuto ammissibile la domanda volta a ottenere il risarcimento del danno derivante dall'illegittimo esercizio del potere, a prescindere dall'azione impugnatoria contro l'atto causativo del danno, attribuendo quindi la relativa giurisdizione al Giudice ordinario;

– l.n. 205/2000, con la quale il legislatore, per la prima volta in modo esplicito, ha riconosciuto la risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo, attribuendone la giurisdizione al Giudice amministrativo, senza nulla specificare in ordine alla questione, affrontata e risolta positivamente dalla sentenza n. 500, circa l'ammissibilità di un'azione risarcitoria proposta in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria;

– art. 30, d.lgs. n. 104/2010, che finalmente positivizza l'autonomia dell'azione risarcitoria per lesione d'interessi legittimi e ne attribuisce la cognizione al Giudice amministrativo sia nella giurisdizione di legittimità sia in quella esclusiva.

^[16] Corte Cost., n. 204/2004, *passim*. Ne consegue che d'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, 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; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 l. 19 febbraio 1992 n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.».

^[17] Così, G. Montedoro, *Il danno ingiusto nella prospettiva del Giudice amministrativo*, in *Quest. giust.*, n. 1/2018.

^[18] Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.

^[19] Come da Plenaria, «l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata. Dell'affidamento sono applicazioni concrete, tra le altre, la "regola possesso vale titolo" ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ., il cui denominatore comune consiste nell'attribuire effetti all'atto compiuto dalla parte che in buona fede abbia pagato o contrattato con chi ha invece ricevuto il pagamento o alienato senza averne titolo».

^[20] Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011: nel caso di specie – revoca del finanziamento di un'opera pubblica e conseguente declaratoria d'illegittimità dell'atto di esproprio per la sua realizzazione – il Collegio ha attribuito la giurisdizione al G.o., ma sottolineando che l'affidamento non è né un «diritto all'integrità patrimoniale» né, più in generale, un diritto, bensì un principio generale che può trovare collocazione anche nell'attività amministrativa.

^[21] Queste le parole della Plenaria in commento.

^[22] La richiesta di tutela dell'affidamento asseritamente leso dev'essere dunque vagliata dal G.a. sia che esso sia stato pregiudicato da un provvedimento, sia da un comportamento, purché nell'esercizio di potere autoritativo. E ciò sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa.

^[23] Comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), l. 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali».

^[24] Come ricorda F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015, «il legislatore degli anni novanta ha peraltro rinforzato il procedimento, generalizzando il principio del contraddittorio e della partecipazione. Qui i Maestri ci insegnano che quando ciò avviene la manifestazione di volontà dell'amministrazione tende a strutturarsi come decisione propriamente intesa, con l'effetto di consumazione del relativo potere». Il che ha reso per diverso tempo difficilmente inquadrabile il fondamento unilaterale del potere di autotutela amministrativa.

^[25] Così la Plenaria: «tale dovere comportamentale si rivolge sia all'amministrazione sia ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento, qualificando in termini giuridici una relazione che è e resta pubblicistica, sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti. E non sembra, in tale contesto, che i *principi* che regolano il rapporto siano espressione di autonome situazioni soggettive autonome, se non avulse, dalla posizione delle parti; si deve piuttosto ritenere che si tratti di doveri imposti alle parti, e *in primis* all'amministrazione, a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza».

^[26] Cons. Stato, Ad. plen. 5 settembre 2005, n. 6.

^[27] M. Renna, *Responsabilità della pubblica Amministrazione: a) profili sostanziali*, in *Enc. dir., Annali IX*, p. 806: «la legittimità, e financo la doverosità, di un intervento in autotutela non è incompatibile con la contrarietà a buona fede del contegno precontrattuale della pubblica amministrazione complessivamente considerato. Tra liceità della condotta e legittimità degli atti non sussiste, infatti, un nesso di necessaria corrispondenza. Ciò in ragione del fatto che la condotta, pur allorquando si estrinsechi nell'emanazione di una serie di atti (e dunque non nel compimento di mere azioni materiali: v. il paragrafo precedente), non si identifica con la mera sommatoria degli atti medesimi, ma si sostanzia anche, e forse soprattutto, della complessa trama delle interrelazioni tra questi».

^[28] Cons. Stato, Ad. plen., n. 20/2021, cit.

^[29] Il Collegio, consapevole della frizione creatasi con la statuizione di questo principio di diritto, non lascia peraltro sotto traccia questa consapevolezza, tradottasi in un atto di forza: «Il possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato in punto di giurisdizione con l'orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione delle sentenze di questo Consiglio, le quali sono nel frattempo tenute all'osservanza del principio di diritto (salva nuova rimessione) ai sensi dell'articolo 99 cod. proc. amm.».

^[30] G. Capra, *La lesione dell'affidamento*, cit.: «L'Amministrazione, lungi dall'essere un soggetto incapace per il quale l'ordinamento deve apprestare una particolare tutela, occupa una posizione che genera di per sé un affidamento – *lato sensu* inteso – in capo ai cittadini, viepiù quando riscontra l'istanza del privato con un provvedimento espresso».

^[31] Per prendere a prestito le parole della Plenaria: «Va considerato al riguardo che, sebbene al privato sia riconosciuto il potere di attivare il procedimento amministrativo e di fornire in esso ogni apporto utile per la sua conclusione in senso per sé favorevole, egli lo fa all'esclusivo fine di realizzare il proprio utile. È peraltro sempre l'Amministrazione a rimanere titolare della cura dell'interesse pubblico concreto, alla cui attuazione è tenuta; se dunque l'interessato consegue il provvedimento favorevole, è perché l'Amministrazione lo ha ritenuto conforme al primario interesse pubblico. Gli istituti partecipativi introdotti nella più recente legislazione, a partire dalla legge n. 241 del 1990, e la recente positivizzazione dei doveri di

correttezza e buona fede non hanno fatto venir meno il carattere unilaterale del provvedimento amministrativo e soprattutto, anche con riferimento ai moduli consensuali, la sua inerenza all'esercizio di un potere correlato alle finalità istituzionali, tipizzate per legge, di cui l'amministrazione è titolare e responsabile».

^[32] In questo senso anche G. Capra, *La lesione dell'affidamento*, cit.

^[33] Sul punto v. il contributo di E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza plenaria n. 7 del 2021*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

^[34] V. in proposito M. Immordino, *Risarcimento del danno e obbligo della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato interessato*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, pp. 255 ss.

^[35] Tar Lazio, II, 8 maggio 2018, n. 5112: «Il principio della certezza delle situazioni giuridiche e di tutela di tutti gli interessati comporta, quindi, che non si possa lasciare il soggetto titolare di un permesso edilizio nella incertezza circa la sorte del proprio titolo oltre una ragionevole misura; pertanto sono state individuate una serie di fattispecie in cui, in ragione della natura delle doglianze mosse nei confronti dell'intervento edilizio, dei rilievi addotti con riguardo alla conformazione fisica o giuridica delle aree oggetto dello stesso, delle censure dedotte avverso il titolo in sé e per sé considerato e delle conoscenze acquisite e delle attività poste in essere in sede procedimentale o comunque extra-processuale, sussiste, a carico dell'interessato, un onere di attivarsi giudizialmente senza indugio, tenuto conto anche del fatto che resta in ogni caso salva la possibilità per il ricorrente di proporre eventuali motivi aggiunti, a seguito di una successiva e più approfondita analisi di tutta la documentazione rilevante ai fini della causa. Ne deriva che il vicino che intenda avversare un intervento edilizio ha il preciso onere di attivarsi tempestivamente secondo i canoni di buona fede in senso oggettivo, senza differire colposamente o comunque senza valida ragione l'impugnativa del relativo titolo alla fine dei lavori, quando ciò non sia oggettivamente necessario ai fini ricorsuali».

^[36] Per A. Bartolini, *Principio eurounitario di responsabilità e legge n. 241 del 1990*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2021, pp. 143 ss.: «La responsabilità ha [...] carattere sostanziale ed è un modo diverso di garanzia, che arricchisce la tutela dell'amministrato. In questo quadro la legge generale è proprio la sede di queste garanzie e tutele, che vanno dagli interessi partecipativi lungo il procedimento, alle garanzie in tema di trasparenza, ai rimedi amministrativi di autotutela, fino alla disciplina delle condizioni sostanziali di invalidità (nullità, annullabilità, cui si aggiunge di recente l'inefficacia). Poiché la tutela risarcitoria si configura come garanzia alternativa ai rimedi in forma specifica, pare, appunto, che la sua sede naturale sia proprio la legge 241. Ecco perché si deve ritenere che l'art. 1, colmando una lacuna del legislatore, attragga a sé il principio europeo di responsabilità come canone regolatore dell'attività amministrativa disfunzionale».

^[37] La precisazione si rende necessaria perché, secondo la sezione rimettente, la costituzione in giudizio del beneficiario dell'atto quale controinteressato processuale per difenderlo ne impedirebbe, poi, la domanda risarcitoria in ossequio al principio di non contraddizione. La Plenaria smentisce questo assunto, poiché difendere la legittimità di un provvedimento è fatto del tutto indipendente dalla liceità del comportamento dell'Amministrazione, da valutarsi – su un piano separato – a seguito della sentenza di annullamento.

^[38] F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, pp. 823 ss.

^[39] F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo*, cit., *passim*, che così prosegue: «nel caso dell'annullamento d'ufficio – che è considerato caso esemplare di tutela dell'affidamento – la tutela giurisdizionale dell'affidamento leso non ripara il danno patrimoniale ma, annullando il provvedimento lesivo, tende ad assicurare la corretta valutazione degli interessi implicati nella vicenda amministrativa, considerati nella loro consistenza obiettiva. La diversa tecnica di tutela riflette la diversa configurazione dell'affidamento nei rapporti tra i privati e nel rapporto con l'autorità amministrativa. Nel rapporto amministrativo l'interesse materiale cui è finalizzata la tutela dell'affidamento non riceve protezione diretta: quell'interesse sarà soddisfatto se il confronto tra gli interessi in gioco risulterà favorevole al privato, secondo la logica della tutela dell'interesse legittimo che si correla al potere amministrativo discrezionale».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1697 – 27 aprile 2021

Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato (nota a Cons. Stato, II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013)

di Clara Napolitano

Sommario: 1. Il caso dinanzi al G.a. e l'ordinanza di rimessione. – 2. Giudice adito, questione di giurisdizione in appello e abuso del processo. – 3. La giurisdizione sulla richiesta risarcitoria per lesione del legittimo affidamento da provvedimento annullato in via giurisdizionale. – 4. *Segue*: i presupposti della tutela. – 5. Conclusioni interlocutorie in attesa della Plenaria.

1. Il caso dinanzi al G.a. e l'ordinanza di rimessione.

L'ordinanza in commento origina da un giudizio nel quale la società ricorrente aveva adito il G.a. al fine di ottenere dal Comune resistente il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale^[1] di una concessione edilizia e delle sue varianti.

Il Giudice di primo grado^[2] – a fronte dell'eccezione proposta dal Comune e instauratosi il contraddittorio tra le parti – aveva dichiarato la propria giurisdizione, pronunciandosi sulla domanda. Ciò alla luce degli artt. 7 e 133, lett. f) c.p.a.^[3]: secondo il Tar, il ricorso non si fondava su un mero comportamento dell'A.c., non collegato all'esercizio di potere, ma sulla circostanza che questa aveva rilasciato un P.d.C. sulla base di un'interpretazione normativa poi rivelatasi errata. Insomma, un'attività amministrativa procedimentalizzata^[4].

Stante la reiezione della sua domanda nel merito, la ricorrente aveva poi appellato la sentenza, impugnandola anche per difetto di giurisdizione del G.a.: ne è derivata la prima questione – in via pregiudiziale – di cui all’ordinanza di remissione qui commentata, ovvero quella sull’ammissibilità in appello della c.d. auto-eccezione di giurisdizione.

Sul punto, l’ermeneusi del Consiglio di Stato conduce a due approdi.

Per un verso, secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, il soggetto che ha proposto ricorso al Giudice amministrativo non può poi contestarne la giurisdizione^[5]: ciò perché, anzitutto, quel ricorrente non è risultato soccombente su quel punto; in secondo luogo, perché tale condotta processuale integra un abuso del diritto di difesa, scaturente dal *venire contra factum proprium*, sanzionato con l’inammissibilità del gravame, nonché una violazione del dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo sancita dall’art. 2, comma 2, c.p.a.^[6].

A questa consolidata opinione giurisprudenziale fa da contrappeso un’altra, sviluppata dalle Sezioni Unite della Cassazione^[7], la quale invece ammette che lo stesso ricorrente proponga la questione di giurisdizione in appello: da ritenersi improponibile in seconde cure solo laddove coperta da giudicato (implicito o esplicito che sia); nondimeno, essa è ammessa in secondo grado – anche proposta dallo stesso ricorrente/attore in prime cure – laddove vi sia un «obiettivo dubbio sulla questione di giurisdizione»^[8].

Di logica consequenzialità, la seconda questione rimessa alla Plenaria: ove ammissibile il gravame, a quale Giudice è rimessa la cognizione sulla domanda di risarcimento del danno da provvedimento favorevole annullato?

L’interrogativo pareva ormai sopito con le note ordinanze “gemelle” delle Sezioni Unite del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596^[9], per le quali «da domanda risarcitoria proposta nei confronti della pubblica Amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria (anche nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), non trattandosi di una lesione dell’interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione del diritto soggettivo alla sua integrità patrimoniale oppure (più recentemente) di una lesione all’affidamento incolpevole quale situazione giuridica soggettiva autonoma, dove l’esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l’efficacia causale del danno-evento»^[10].

A quest’orientamento – al quale ha aderito lo stesso Consiglio di Stato^[11] – se ne contrappone un altro che, limitatamente alle materie di giurisdizione esclusiva, afferma sussistere il potere di cognizione del G.a.^[12].

A differenza della prima questione, su questo punto il Collegio esprime la propria posizione: la quale, nello specifico, è favorevole alla sussistenza della giurisdizione amministrativa. Ciò in quanto la domanda del ricorrente non contesta un comportamento amministrativo ma ha per oggetto il risarcimento dei danni provocati da un’attività amministrativa proceduralizzata e condensatasi in un provvedimento – pur illegittimo – perfettamente esistente, efficace e valido fino all’avvenuto annullamento; quest’ultimo è da ritenersi come momento successivo sul piano cronologico e non rilevante né ai fini della qualificazione della sua situazione soggettiva come diritto (e non – invece – come interesse legittimo), né

dell'incardinazione della giurisdizione dinanzi al Tar. Così argomentando, il Collegio rimettente contesta la fondatezza dell'orientamento *pro* giurisdizione ordinaria perché esso «si basa sul presupposto per cui vi sarebbe l'interesse legittimo solo a fronte della illegittima negazione di un bene della vita e non nell'illegittimo riconoscimento del bene. Tale impostazione non appare coerente con il generale criterio di riparto sancito dalla Costituzione che non condiziona la natura delle situazioni soggettive al carattere satisfattivo o meno del provvedimento amministrativo»^[13].

La Sezione rimettente approda, di poi, alla terza questione: qualora la Plenaria ritenesse la questione ammissibile nell'*an* e assegnasse la giurisdizione al G.a., devono infatti essere valutati i *presupposti* dell'azione risarcitoria proposta dal privato. Il tema è, dunque, il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo favorevole illegittimo, successivamente annullato in sede giurisdizionale.

Secondo una prima ricostruzione, la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo ha *ascertato l'assenza del danno ingiusto*^[14] perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo: non può dolersi del danno chi abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto non assentibile; in tal caso il ricorrente avrebbe, sotto il profilo soggettivo, manifestato quanto meno una propria colpa e, sotto il profilo oggettivo, avrebbe attivato con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno^[15].

Un diverso orientamento giurisprudenziale è invece favorevole al riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'affidamento del privato nei confronti di un provvedimento illegittimo, annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale, seppur in presenza di stringenti limiti di prova della *colpa* dell'amministrazione, del *danno* subito dall'istante e del nesso di *causalità* tra l'annullamento e il danno^[16].

Anche qui, il Collegio esprime la propria adesione: nello specifico, al primo orientamento, il quale nega il diritto al risarcimento.

Questo per due ragioni fondamentali.

Anzitutto perché – secondo le argomentazioni del Collegio – il legittimo affidamento non è un diritto soggettivo, bensì una situazione giuridica soggettiva dai tratti peculiari propri. Perché esso venga a esistenza, invero, occorre che la condotta della p.A. sia quantomeno colposa o in mala fede, tale comunque da far sorgere in capo all'interessato – versante, in modo speculare, in condizione di totale buona fede – un'aspettativa qualificata al conseguimento del bene della vita: la pretesa del privato dev'essere inoltre ragionevole in relazione al quadro ordinamentale applicabile alla fattispecie, e non colposamente assunta come fondata.

In secondo luogo, a differenza dell'esercizio del potere di autotutela, l'annullamento del provvedimento illegittimo avvenuto – come nel caso di specie – per via giurisdizionale esclude in radice l'esistenza di un affidamento legittimo in capo al privato: nei confronti del potere giurisdizionale non può esserci *ab imis*, per la natura terza del Giudice, alcuna aspettativa qualificata – e dunque tutelabile mediante ristoro patrimoniale – all'accoglimento delle proprie ragioni.

Tre, dunque, i gangli fondamentali della rimessione all'Adunanza plenaria:

- se sia ammissibile l'auto-eccezione di giurisdizione;
- in caso affermativo, come su di essa ci si debba pronunciare, se in favore del G.a. o del G.o.;
- in caso di giurisdizione amministrativa, quali siano i presupposti per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno in capo al privato.

Ciascuna delle questioni ora riportate merita, qui, qualche breve riflessione.

2. Giudice adito, questione di giurisdizione in appello e abuso del processo.

Secondo un recente studio sul tema dell'abuso del diritto^[17] e, più nel particolare, del diritto *processuale*, in origine il formante giurisprudenziale ammetteva pacificamente l'appello per motivi di giurisdizione proposto dal ricorrente in primo grado, stante il dettato dell'art. 37 c.p.c. per il quale il difetto di giurisdizione è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo. Invero, «la soccombenza che giustifica l'appello sussiste anche quando il ricorrente, soccombente nel merito, abbia visto risolta in suo favore una questione pregiudiziale di rito rilevabile d'ufficio, che, risolta diversamente, gli consentirebbe la riproposizione della domanda»^[18]: il Giudice riconosce in capo alla parte l'esistenza di un interesse ad appellare meritevole di tutela, poiché dall'eventuale accoglimento del motivo di gravame sulla giurisdizione discenderebbe l'annullamento dell'impugnata sentenza e la *translatio iudicii* davanti al Giudice ordinario. Non è a ciò ostativa l'eventuale contraddittorietà logica del percorso prescelto dal ricorrente: il motivo sulla giurisdizione è comunque idoneo a ovviare alla soccombenza derivante dalla decisione appellata^[19].

È poi sopravvenuto il recepimento nell'art. 9 c.p.a.^[20] di una «giurisprudenza “creativa” della Cassazione in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione»^[21]: secondo la quale il difetto di giurisdizione non è rilevabile per la prima volta in sede di appello.

Secondo le Sezioni Unite^[22], qualora il difetto della giurisdizione non sia eccepito dalle parti né rilevato dal Giudice in primo grado, deve ritenersi suscettibile di formazione su di essa un giudicato implicito: il quale, sul piano della coerenza del sistema, ha lo stesso effetto preclusivo del giudicato esplicito, posto che incombe su tutti i soggetti del rapporto processuale l'obbligo di controllare il corretto esercizio della *potestas iudicandi* sin dalle prime battute processuali, in forza dell'art. 37 c.p.c., anche quando la questione non sia espressamente sollevata^[23].

Il *revirement* pretorio, poi cristallizzato nella disposizione codicistica del processo amministrativo, ha condotto – tra l'altro – all'affermazione del divieto di *venire contra factum proprium*: il ricorrente che abbia adito l'Autorità giurisdizionale, uscendo dal giudizio soccombente nel merito, non può poi esercitare una sorta di *jus poenitendi* strumentale e contestare in appello la sussistenza di quella giurisdizione da lui stesso adita. La trasgressione di questo divieto costituisce un abuso del diritto, nella specie del diritto processuale^[24], per

violazione sia del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., sia delle regole di correttezza e buona fede *ex art.* 1175 c.c., applicati anche sul piano del processo.

I due orientamenti continuano a persistere in reciproca opposizione, sorretti dalle rispettive argomentazioni.

Quello favorevole all'auto-eccezione in appello del difetto di giurisdizione si fonda sulla sostanziale genuinità dell'interesse dell'appellante a ottenere una pronuncia a sé favorevole tramite la *translatio iudicii*: un interesse che non dovrebbe esser letto in via distorta e abusiva dell'istituto processuale, bensì quale pretesa meritevole di tutela da parte dell'ordinamento nell'ottica della pienezza e dell'effettività[25].

Inoltre, la giurisprudenza della Cassazione ha riconosciuto anche un «diritto di avere torto»[26] delle parti che abbiano adito un plesso giurisdizionale e se ne siano poi «pentite», impugnando la sentenza sulla base dell'interesse che deriva dalla soccombenza nel merito: il gravame, pur censurabile sotto il profilo della coerenza processuale, è ammissibile.

A questo, tuttavia, si oppone l'argomentazione fondata sull'art. 111 Cost. e sull'abuso del processo[27]: il «pentimento» costituisce, in realtà, un utilizzo distorto degli istituti processuali, idoneo ad aggravare il processo, a renderlo molto più oneroso per la controparte, utilizzandolo per conseguire una determinata utilità senza avere tuttavia un interesse apprezzabile e meritevole di protezione da parte dell'ordinamento. Questo abuso meriterebbe, dunque, d'esser sanzionato con l'inammissibilità del gravame.

È su quest'ultimo punto che quest'orientamento genera una gemmazione. Secondo alcune sentenze del Giudice di legittimità[28], la sanzione alla condotta contraddittoria di chi adisce un Giudice e poi ne contesta la giurisdizione non dovrebbe essere quella della inammissibilità: l'incoerenza del comportamento della parte dovrebbe, semmai, essere stigmatizzata con la condanna alle spese per trasgressione ai doveri di lealtà e probità, *ex art.* 88 c.p.c., secondo la disciplina dettata dall'art. 92, comma 1, ultima parte, c.p.c.[29].

La sanzione dell'inammissibilità ha trovato comunque progressivo consolidamento sia dinanzi alla Cassazione sia dinanzi al Consiglio di Stato. Nucleo centrale dell'argomentazione è il c.d. giudicato interno: l'accertamento della giurisdizione non rappresenta un mero passaggio interno della statuizione di merito, ma costituisce un capo autonomo, che è pienamente capace di passare in giudicato, anche se il Giudice si sia pronunciato solo implicitamente sullo stesso.

Pertanto, di fronte a una sentenza di rigetto della domanda, non è ravvisabile una soccombenza del ricorrente sulla questione di giurisdizione; rispetto a questo capo, infatti, questo va considerato vincitore. Essendo tale, non sarà legittimato a contestare il capo sulla giurisdizione e a sostenere che la *potestas iudicandi* spetti a un Giudice diverso.

Si tratta di una posizione estrema, per la quale si può pensare a un diniego di giustizia: si negherebbe, cioè, al ricorrente di adire il suo Giudice naturale precostituito per legge. Non v'è dubbio, però, che questo sia comunque un valore presidiato dall'obbligo del Giudice di procedere d'ufficio in primo grado alla verifica della sua *potestas iudicandi* e che vada bilanciato con l'esigenza di speditezza del processo, nonché dall'art. 41 c.p.c., che consente a ciascuna parte di chiedere il regolamento preventivo di giurisdizione[30].

Vale forse la pena allora di porre mente a quell'orientamento – molto minoritario – pure citato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza qui commentata, e apparentemente corrivo: quello che ammette il gravame nel caso di «obiettivo dubbio sulla questione di giurisdizione»[31].

Si disvelano, cioè, fattispecie nelle quali – per la complessità della questione, o il numero di ricorsi, o anche l'incertezza del quadro normativo – è obiettivamente difficile adire il giudice correttamente dotato del potere di *ius dicere*: ciò potrebbe comportare ripensamenti della linea difensiva e necessità di chiarimento che sorgono solo in un secondo momento.

Vien da sé che, in queste fattispecie, risulta fondamentale il potere valutativo del Giudice, al quale è attribuita una discrezionalità nell'apprezzare anche il comportamento delle parti in causa, nonché la questione sottoposta al suo giudizio. Si pensi all'ambito delle concessioni, seguite da contratti, che siano poi oggetto di plurimi ricorsi o giudizi consecutivi. Il ragionevole dubbio del ricorrente non merita, probabilmente, d'esser sanzionato con l'inammissibilità del gravame *tout court*, ma dovrebbe comportare quanto meno una valutazione da parte dell'Autorità giudiziaria in relazione alla complessità della fattispecie *sub iudice*.

È – d'altra parte – la condizione nella quale versa la *querelle* dalla quale origina l'ordinanza in commento: si tratta del giudizio risarcitorio a seguito di annullamento giurisdizionale di provvedimento amministrativo illegittimo. Una fattispecie nella quale i contrasti giurisprudenziali sono ampi e fondati su ragioni fortemente contrastanti, oltre che spesso di difficile profilazione, anzitutto sull'ambito della giurisdizione. Tanto che, appunto, la Sezione remittente segnala alla Plenaria i due orientamenti contrapposti che, come ora si vedrà, sono tutt'altro che chiari.

3. La giurisdizione sulla richiesta risarcitoria per lesione del legittimo affidamento da provvedimento annullato in via giurisdizionale.

La determinazione del Giudice competente a decidere sulla richiesta di risarcimento del danno da lesione del legittimo affidamento per annullamento – in via giurisdizionale o di autotutela – del provvedimento amministrativo illegittimo è la seconda questione-chiave posta dalla Sezione rimettente all'Adunanza plenaria.

La diatriba è molto nota ed esplorata da giurisprudenza e dottrina[32] e pareva aver trovato composizione – come detto in apertura – con alcune pronunce della Cassazione che qualificano l'adozione e il successivo annullamento del provvedimento favorevole come un *unicum*, un “comportamento” complessivamente lesivo dell'affidamento del privato, del suo «diritto soggettivo all'integrità patrimoniale»[33] e, come tale, rilevante ai fini della responsabilità per violazione dei principi di buona fede e correttezza[34] e rientrante nella giurisdizione ordinaria. È opportuno soffermarsi sui passaggi logici di questo orientamento, consolidatosi con le note ordinanze “gemelle” della Cassazione nn. 6594, 6595, 6596 del 2011.

Secondo le Sezioni Unite, l'annullamento – in via di autotutela o giurisdizionale – del provvedimento favorevole priva i soggetti, che ne erano stati beneficiari, del diritto conseguito illegittimamente: costoro perdono, dunque, le facoltà che erano state loro

attribuite *contra ius*, così la p.A. (o il Giudice amministrativo) ripristinando la legalità violata. La legittima privazione del diritto conseguente a un provvedimento illegittimamente favorevole (o esercitabile sulla base di quest'ultimo), non consente di accedere alla tutela demolitoria dinanzi al G.a.: ne risulta precluso l'accesso *anche* alla tutela risarcitoria consequenziale, non integrando il risarcimento del danno una materia di giurisdizione esclusiva ma una tutela *ulteriorerispetto* a quella caducatoria.

L'avvenuto annullamento del provvedimento favorevole, dunque, comporta che questo continui a rilevare per il soggetto che ne aveva tratto vantaggio esclusivamente quale "mero comportamento" degli organi che lo avevano rilasciato, rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c. quale atto illecito per violazione del principio *neminem laedere*. L'unica tutela invocabile sarebbe così quella risarcitoria fondata sull'affidamento, relativa a un danno «che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico», fondandosi su doveri di comportamento in buona fede richiesti dall'ordinamento anche all'Amministrazione. Questa tutela, però – stante la mancanza di connessione tra il danno e il potere pubblico, e la consistenza di diritto soggettivo della situazione (affidamento) fatta valere – non sarebbe riconducibile alla giurisdizione del G.a., con conseguente riserva della relativa cognizione al Giudice ordinario[35].

Questa lettura non è andata certo esente da critiche: ne è stata subito evidenziata l'incoerenza col sistema del c.p.a., improntato alla concentrazione delle tutele innanzi al Giudice amministrativo, tramite l'attribuzione a questi di *tutti* gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dall'esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l'Amministrazione. Si è osservato, in particolare, che la circostanza che il danno non sia *immediatamente* cagionato dal provvedimento – che appare legittimo – ma emerga solo dopo l'annullamento dell'atto, sia questione che attiene esclusivamente al piano cronologico. Si tratta di circostanza che invece non incide sulla ricollegabilità diretta del pregiudizio – sul versante eziologico, rilevante ai sensi dell'art. 1223 c.c. – all'adozione del provvedimento amministrativo[36]: ne consegue che l'azione caducatoria e quella risarcitoria – anche nel caso di annullamento di un provvedimento amministrativo favorevole illegittimo – ricadono nella giurisdizione amministrativa, essendo comunque inerenti al cattivo esercizio del potere.

Né si può pensare che il radicamento della giurisdizione in base al criterio della *causa petendi* cambi a seconda che il danno sia stato provocato da un provvedimento favorevole o sfavorevole. Secondo l'opinione che radica la giurisdizione dinanzi al G.o., «vi sarebbe l'interesse legittimo soltanto a fronte della illegittima negazione di un bene della vita e non dinanzi nell'illegittimo – e, pertanto, necessariamente instabile – riconoscimento di siffatto bene». Una lettura, questa, che porta inevitabilmente il titolare di un interesse pretensivo illegittimamente insoddisfatto a rivolgersi al G.a. per il danno derivante dall'illegittimo diniego, mentre il titolare di un interesse oppositivo all'eventuale annullamento d'ufficio a rivolgersi al G.o.[37]: situazioni soggettive che potrebbero riguardare tanto i destinatari dei provvedimenti quanto i controinteressati, non essendo certo infrequente che un medesimo provvedimento, frutto di un medesimo unico esercizio di potere, generi interessi contrastanti nei soggetti che ne subiscono gli effetti diretti o riflessi.

I commenti critici alle ordinanze "gemelle" hanno peraltro sottolineato che la lesione di un interesse legittimo si configura anche quando la p.A. illegittimamente rilasci al cittadino un provvedimento favorevole[38]: basterebbe già questo, quale fonte della lesione, a costituire

titolo per chiedere il risarcimento del danno. Ne è derivato un dubbio consistente circa la necessità di far riferimento alla figura dell'affidamento per la tutela risarcitoria^[39].

L'orientamento affermativo della giurisdizione ordinaria porta con sé un'altra perplessità: la possibilità di risarcire il danno per la lesione del legittimo affidamento quale situazione soggettiva rilevante *ex se*, pienamente scorporata dal pregresso esercizio di potere amministrativo, degradato a comportamento illecito presupposto *ex art.* 2043 c.c.. Ci si è chiesti^[40], infatti, se davvero l'affidamento possa esser tenuto in separata considerazione rispetto alla vicenda amministrativa sottostante, tanto da affidarne la protezione a un organo giurisdizionale diverso rispetto a quello che ha il potere di cognizione su di essa.

Al netto delle osservazioni sulla effettiva scorporabilità dell'affidamento rispetto al rapporto amministrativo sotteso, la questione parrebbe condensabile in questa alternativa: se si ritiene che il danno sia comunque una conseguenza dell'illegittimità del provvedimento favorevole originariamente emanato, la giurisdizione si radicherebbe in capo al Giudice amministrativo; diversamente, qualora si ritenesse che il danno nasce dalla condotta complessiva dell'amministrazione e non dagli effetti del provvedimento, la giurisdizione spetterebbe al Giudice ordinario^[41].

L'ordinanza di rimessione qui commentata, prima ancora d'addentrarsi nella qualificazione di questa situazione giuridica soggettiva, opta però – forse anche alla luce dell'ultimo arresto della Cassazione che amplia ancora la giurisdizione ordinaria sulla tutela risarcitoria della lesione del legittimo affidamento^[42] – per una forte riconnessione del danno all'esercizio del potere amministrativo. Non v'è dubbio, per il Collegio, che la lesione si sia verificata a seguito di un illegittimo esercizio del potere amministrativo ampliativo, fondato su una interpretazione errata delle norme di riferimento da parte dell'Amministrazione: il fatto che quel provvedimento sia stato poi annullato è un dato che rileva dal punto di vista meramente cronologico, non logico né eziologico del danno.

Il G.a. remittente, in altre parole, si rifà alle osservazioni critiche rispetto alle posizioni assunte dalla Cassazione: il danno non è pervenuto dal “comportamento complessivo” dell'Amministrazione, ma dall'illegittimo esercizio del potere. E, trattandosi nella specie di potere esercitato in materia urbanistico-edilizia, la cognizione non può che rientrare nell'alveo della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lettera f), c.p.a., atteso che l'ordinamento attribuisce, in ossequio al principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, alla cognizione del G.a. *tutti* gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dall'esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l'Amministrazione.

4. *Segue*: i presupposti della tutela.

Come anticipato nel paragrafo di apertura di questo commento, qualora la giurisdizione si radicasse innanzi al G.a., l'analisi successiva deve incentrarsi sui presupposti della tutela risarcitoria.

I contrastanti orientamenti, stavolta, guardano alla lesione del legittimo affidamento del privato e sulla necessità (o meno) che sussista l'elemento soggettivo (quanto meno) di colpa d'apparato per farlo valere dinanzi all'Autorità giurisdizionale.

L'opinione della Sezione rimettente è chiara: aderisce all'orientamento più restrittivo per il quale non è sufficiente – ai fini dell'affermazione della responsabilità per danno della p.A. – che il provvedimento avesse concesso al privato il bene della vita successivamente sottrattogli con l'annullamento giurisdizionale. Non è su questo, che si fonda il danno da lesione dell'affidamento.

Ciò sostanzialmente per una ragione. E cioè che – se il provvedimento ampliativo era illegittimo ed è stato quindi annullato – il privato non può – e non poteva – vantare alcun diritto sul bene della vita oggetto di quel provvedimento medesimo. Tanto che, se l'Amministrazione avesse agito *jure*, il privato quel bene non l'avrebbe certo ottenuto.

In altri termini, il privato non può dolersi del danno derivante dall'annullamento di un provvedimento ampliativo illegittimo laddove la sua istanza sia stata «oggettivamente» non assentibile: è una lettura confermata dalla giurisprudenza amministrativa in materia di titoli edilizi^[43], la quale responsabilizza anche il privato istante nel momento in cui questi si rivolga alla p.A. e chieda un titolo abilitativo presentando un progetto «oggettivamente» contrario alle norme urbanistico-edilizie, così per un verso manifestando una propria colpa soggettiva e, per l'altro, contribuendo egli stesso al danno inducendo l'Amministrazione in errore.

Residua, così, un limitatissimo margine per la richiesta risarcitoria laddove il Giudice rilevi l'esistenza di un affidamento *legittimo* in capo al privato che sia in buona fede soggettiva, che abbia un'aspettativa *ragionevole* e non fantasiosa al conseguimento – *secundum legem* – del bene della vita chiesto alla p.A. e che – per contro – la p.A. abbia agito con mala fede o colpa tale da far sorgere l'aspettativa nell'interessato (lo si ripete, in totale buona fede): condizioni insomma molto restrittive.

A questo orientamento fa da contraltare un altro – che ha il suo terreno d'elezione nelle controversie aventi per oggetto l'annullamento di atti di gara, quindi un tema dominato dalla giurisprudenza europea che ne ha tratteggiato i profili di responsabilità oggettiva^[44] – per il quale invece c'è spazio per il ristoro patrimoniale derivante dalla lesione dell'affidamento quando la p.A. abbia agito in violazione dei principi di correttezza e buona fede. Ciò in ragione del principio più generale secondo il quale l'Amministrazione è tenuta, nello svolgimento della propria attività, a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può fare nascere una responsabilità da comportamento scorretto, incidente non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze derivanti dall'altrui scorrettezza^[45]. Ciò implica che il Giudice – pur nella legittimità dell'agire della p.A. anche in via di autotutela – non è esentato dall'indagare eventuali profili di responsabilità dell'apparato pubblico^[46]. Ora, questa violazione degli obblighi di correttezza e buona fede può rilevare *ex se*^[47] – come è nella disciplina degli appalti – oppure richiedere *anche* la prova dell'elemento soggettivo della colpa d'apparato^[48].

Come detto, il Collegio propende per l'orientamento più restrittivo che richiede una rigida analisi della buona fede del privato e della oggettiva ragionevolezza della sua pretesa nei confronti della p.A.; con un passaggio tuttavia curioso, nel quale specifica che – in linea generale – il legittimo affidamento *non è un diritto soggettivo*, ma è «un istituto giuridico che

taglia trasversalmente l'intero ordinamento giuridico», «una situazione giuridica soggettiva dai tratti peculiari propri». Come tale, esso non è tutelabile se non in ragione degli stringenti requisiti di cui sopra di buona fede (oggettiva e soggettiva) del privato nonché di assenza *assoluta* di sua colpa, nonché di un atteggiamento malevolo o colposo della p.A..

Ma non è l'unico passaggio degno di riflessione.

Il Collegio opera una distinzione circa il rilievo, nella lesione dell'affidamento, del *tipo* di annullamento del provvedimento intercorso: traccia una linea di demarcazione tra annullamento (o anche revoca) in via di autotutela e annullamento in sede giurisdizionale. Collegando solo al primo le conseguenze in tema di danno da lesione del legittimo affidamento: viceversa, secondo le parole dell'ordinanza, «l'annullamento del provvedimento amministrativo in sede giurisdizionale non può mai ridondare in una lesione di un affidamento legittimo, idonea a fondare una domanda risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione».

Ciò in quanto a fronte del medesimo *petitum* risarcitorio, ovvero il ristoro del danno da lesione del legittimo affidamento, le *causae petendi* sono differenti a seconda che l'annullamento sia avvenuto in sede di autotutela o giurisdizionale.

Nel primo caso, «l'eventuale affidamento del privato (ammesso che vi sia) verrebbe pregiudicato da un condotta dell'Amministrazione, la quale modifica unilateralmente, *melius re perpensa* o alla luce di sopravvenienze, l'assetto d'interessi precedentemente delineato nell'esercizio del suo potere pubblicistico»: come dire, ammesso che il privato possa vantare un qualunque affidamento (nei ristrettissimi margini consentiti dall'orientamento più rigido) su un provvedimento ampliativo, questo verrebbe leso dall'esercizio di un potere amministrativo; nel caso di annullamento da parte del G.a., il potenziale affidamento verrebbe leso «da un provvedimento promanante dal potere giurisdizionale, nei cui confronti non può esserci in radice, per la natura terza del giudice, alcuna aspettativa qualificata – e dunque tutelabile mediante ristoro patrimoniale – all'accoglimento delle proprie ragioni».

Il passaggio è gravido di conseguenze sulla tutela risarcitoria, ed è potenzialmente in grado di scardinare la giurisprudenza ormai cristallizzata per la quale il provvedimento illegittimo ampliativo favorevole e il suo successivo annullamento – in via giurisdizionale o di autotutela – costituiscono presupposto tecnico-giuridico di una lesione che ha arrecato un danno al privato.

Se, cioè, per una considerevole parte del diritto vivente ci si trova dinanzi a «una fattispecie complessa in cui l'emanazione di un provvedimento favorevole, che venga successivamente annullato, in sede giurisdizionale, in quanto illegittimo, si configura solo come uno dei presupposti dell'azione risarcitoria che si fonda altresì sulla capacità del provvedimento di determinare l'affidamento dell'interessato e la lesione del suo patrimonio, che consegue a tale affidamento e alla sopravvenuta caducazione del provvedimento favorevole»^[49], l'ordinanza in commento – ove dovesse trovare condivisione in Plenaria – eliminerebbe *ab imis* la possibilità di chiedere il risarcimento per lesione dell'affidamento in caso di annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo favorevole.

5. Conclusioni interlocutorie in attesa della Plenaria.

Il percorso dell'ordinanza di rimessione porta ad alcune riflessioni.

Anzitutto, l'auto-eccezione di giurisdizione da parte del ricorrente-appellante: entrambi gli orientamenti hanno alla base condivisibili argomentazioni circa la logica, la coerenza e la correttezza nell'uso degli strumenti processuali. L'inammissibilità del gravame sembra ancora la soluzione maggiormente condivisa: non v'è chi non veda, tuttavia, il pericolo che questa conduca a un diniego di giustizia laddove sulla controversia si sia pronunciato un Giudice sulla cui giurisdizione – anche se solo in grado d'appello – sia stata sollevata eccezione. D'altra parte, il timore di un utilizzo strumentale dell'auto-eccezione per fare turismo giustiziale è anch'esso fondato e trova appunto nella sanzione dell'inammissibilità una soluzione in grado di arginare questa pratica. Resterebbe da esplorare – ed eventualmente da costruire – la categoria delle ipotesi nelle quali vi sia il paventato «dubbio oggettivo sulla giurisdizione»: se dovesse trovare accoglimento questo “fontanazzo”^[50] nella diga dell'inammissibilità delle auto-eccezioni sulla giurisdizione, non v'è dubbio che il diritto pretorio si rivelerà essenziale nel delinearne i profili applicativi.

Quanto poi alla giurisdizione sulla richiesta risarcitoria da lesione dell'affidamento: il conflitto tra gli orientamenti è assestato ancora sul crinale tradizionale del collegamento diretto o mediato al potere amministrativo, o meno. Di poi, in modo condivisibile, il Collegio mette in luce – come già attenta dottrina aveva fatto – la pericolosità di rimettere il criterio discrezionale della giurisdizione al contenuto del provvedimento e, dunque, alla natura degli interessi legittimi a esso legati (se pretensivi od oppositivi), pena la gemmazione di più giudizi, lasciati a più plessi giurisdizionali, per i danni conseguenti all'esercizio di un medesimo potere amministrativo. Il Collegio rimettente si colloca nella scia più tradizionale della giustizia amministrativa, e richiama a sé la giurisdizione sulla richiesta risarcitoria per danno da lesione del legittimo affidamento sulla scorta del fatto che questo è derivato – direttamente o mediamente – da un esercizio illegittimo in prima battuta del potere amministrativo, che non può essere relegato a mero presupposto fattuale quale parte di un “comportamento” dannoso.

Ma la parte più interessante è quella relativa ai presupposti della tutela risarcitoria: rigidissimi, per il Collegio, perché il legittimo affidamento non sarebbe un diritto soggettivo ma una situazione peculiare dotata di precisi e ristretti margini d'esistenza. Nessuno, peraltro, nel caso in cui il privato lamenti il danno subito per l'annullamento in via giurisdizionale di un provvedimento ampliativo illegittimo: ipotesi nettamente distinta da quella dell'annullamento in via di autotutela.

Questa ricostruzione genera qualche perplessità.

Andando con ordine. Nelle parole del provvedimento qui annotato, la ragione per la quale l'annullamento giurisdizionale non può dare adito ad alcuna richiesta risarcitoria per lesione dell'affidamento starebbe nel fatto che – stante la terzietà del Giudice – il privato non può muovere alcuna pretesa in merito all'esercizio del potere di *jus dicere*. Come dire: se l'Amministrazione autoannulla un proprio precedente provvedimento, esercita un potere nei confronti del quale possono sorgere pretese; se quel medesimo potere promana da un Giudice, non c'è alcuno spazio per quelle medesime pretese.

Le argomentazioni appaiono piuttosto criptiche, se non proprio apodittiche. A chi scrive pare che una possibile chiave del ragionamento del Giudice stia nella ricostruzione del legittimo affidamento quale istituto generale: ovvero la incolpevole situazione che spinge qualcuno a confidare nella coerenza dei comportamenti del suo interlocutore. Questo sembrerebbe implicare che, nel caso in cui la p.A. eserciti l'autotutela, dovrebbe rispondere di un comportamento contraddittorio, ove questo abbia prodotto un danno (la cui prova è comunque rimessa al privato che ne reclama il ristoro); ove invece la rimozione del provvedimento avvenga per statuizione del Giudice, e dunque per esercizio di un potere terzo, la contraddittorietà nel comportamento dell'Amministrazione mancherebbe, e dunque verrebbe meno il presupposto della lesione dell'affidamento.

Così congegnata, questa lettura presta il fianco a rilievi critici.

Anzitutto, essa omette di considerare che la figura chiamata istituzionalmente a rilevare l'esistenza di un legittimo affidamento è proprio il Giudice. Pertanto, per un verso, pare affermare che l'esercizio del potere giurisdizionale impedirebbe la configurazione del legittimo affidamento, così impedendo *tout court* la possibilità di ricevere tutela per chi ne lamenta la lesione; per altro verso, omette di ricordare che proprio il potere del Giudice serve a valutare se vi sia stata lesione o meno del legittimo affidamento derivante dall'incolpevole *confiance* sull'apparente legittimità di un provvedimento amministrativo ampliativo e, in caso affermativo, a erogare la tutela risarcitoria. Non si può dimenticare, invece, che il Giudice ripristina la legalità violata e riporta la situazione *secundum legem*: questo, tuttavia, non lo esime dall'esaminare – ove esistente – il danno provocato *non* dal suo annullamento, bensì dal provvedimento ampliativo illegittimo.

Non si comprende, poi, il richiamo alla terzietà del Giudice: per il Collegio, “terzietà” implicherebbe l'impossibilità per la parte processuale di muover pretese nei suoi confronti; in realtà, la natura terza dell'organo giudicante è, per un verso, garanzia d'imparzialità, per altro verso, requisito necessario per la composizione di una controversia. Il richiamo, pertanto, parrebbe inconferente rispetto al tema dell'insorgenza di un legittimo affidamento del quale chiedere tutela.

Infine, il passaggio logico secondo il quale l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo favorevole illegittimo impedirebbe *ab imis* la configurazione del legittimo affidamento contrasta con il ragionamento presupposto del Collegio: per il quale – lo si ricorda – l'annullamento (in autotutela o giurisdizionale) è vicenda che *non rileva* dal punto di vista dei presupposti tecnico-giuridici per la configurazione dell'affidamento (e dunque comporta l'assegnazione del potere di cognizione alla giurisdizione amministrativa, non ordinaria).

Ciò che non rilevava ai fini della giurisdizione rileverebbe, invece, e per ragioni che restano piuttosto criptiche nelle trame dell'ordinanza, ai fini della fondatezza della richiesta risarcitoria per lesione dell'affidamento.

Pare, cioè, che il Giudice – quando si parla della fondatezza – non stia più valutando l'esercizio illegittimo del potere ampliativo (che, nella prima parte dell'ordinanza, sarebbe stato causativo della lesione), bensì stia dando rilievo proprio al “comportamento complessivo” tenuto dalla p.A.: per un verso il Giudice sostiene la connessione del danno al potere amministrativo per richiamare a sé la giurisdizione; per altro verso – pur parlando

di *potere* – in realtà il Giudice medesimo sembra negare la risarcibilità del danno perché non sussisterebbe il *comportamento* tipico che fonda la lesione dell'affidamento legittimo per *ius commune* ovvero la violazione del divieto di *venire contra factum proprium*.

Alla luce delle perplessità che l'ordinanza genera, specie in tema di presupposti della richiesta risarcitoria per lesione dell'affidamento, l'intervento della Plenaria diventa quanto mai necessario, posto che l'eventuale condivisione della lettura del Collegio rimettente potrebbe condurre alla negazione di tutela per tutti coloro che abbiano fatto incolpevole affidamento sulla legittimità di un provvedimento ampliativo e se lo siano poi visto annullare in sede giurisdizionale, subendone dei danni patrimoniali non più ristorabili.

¹⁴¹ Disposto da Tar Pescara, I, 9 gennaio 2006, n. 11, confermata in appello da Cons. Stato, IV, 11 aprile 2007, n. 1672, e ulteriormente avvalorata dal rigetto di ricorso per revocazione, mediante decisione del medesimo Cons. Stato, IV, 12 maggio 2008, n. 2166.

¹⁴² Tar Pescara, I, 20 giugno 2012, n. 293.

¹⁴³ Quale esercizio di potere amministrativo in materia urbanistico-edilizia.

¹⁴⁴ Queste le parole del Tribunale amministrativo: «questo Collegio rileva come nella fattispecie in esame non ci si trovi in presenza di un atto nullo o inesistente, o assunto a termini scaduti e quindi in carenza di potere, nel qual caso l'operato dell'amministrazione potrebbe ricondursi ad un mero comportamento, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, ma di fronte ad un atto formale amministrativo assunto dal Comune sulla base di un'interpretazione consolidata della normativa comunale applicabile e condivisa dalla stessa ditta ricorrente» (corsivo di chi scrive). Per questa ragione, secondo il G.a., si ricadeva in fattispecie differente da quella decisa da Cass. SS.UU., 23 marzo 2011, n. 6594, secondo cui la lesione del legittimo affidamento del privato da parte dell'Amministrazione a un mero comportamento illecito posto in violazione del principio del *neminem laedere*, dunque ricadente nella giurisdizione ordinaria.

¹⁴⁵ Il problema investe, più in generale, il rapporto tra giurisdizioni e coinvolge anche l'ambito penalistico. Per M. Caputo, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Iurisprudenzia.it*, 2016, p. 11, «L'abiura della giurisdizione adita *ab origine* si tradurrebbe, secondo l'orientamento negativo, in un prolungamento dei tempi della definizione del giudizio per ragioni meramente opportunistiche e strumentali. Peraltro ammettere l'auto-eccezione in appello vorrebbe dire riconoscere alla parte soccombente nel merito la possibilità per questi di ricusare *ex post* il giudice – *rectius*: la giurisdizione – in base all'esito della controversia».

¹⁴⁶ A questo proposito il Collegio cita numerosi precedenti giurisprudenziali: *ex aliis*, Cons. Stato, V, 19 settembre 2019, n. 6247; Id., 13 agosto 2018, n. 4934; Id., 27 marzo 2015, n. 1605; Id., 7 febbraio 2012, n. 656; Cons. Stato, III, 31 maggio 2018, n. 3272; Id., 1 dicembre 2016, n. 5047; Id., 26 ottobre 2016, n. 4501; Id., 13 aprile 2015, n. 1855; Id., 7 aprile 2014, n. 1630; Cons. Stato, IV, 22 maggio 2017, n. 2367; Id., 21 dicembre 2013, n. 5403; Cons. Stato, VI, 8 aprile 2015, n. 1778; Id., 8 febbraio 2013, n. 703.

¹⁴⁷ Cass., SS.UU., 27 dicembre 2010, n. 26129; Cass., SS.UU., 29 marzo 2011, n. 7097; Cass., SS.UU., 27 luglio 2011, n. 16391; Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1006; Cass., SS.UU., 20 maggio 2014, n. 11022; Cass., SS.UU., 28 maggio 2014, n. 11916; Cass., SS.UU., 19 giugno 2014, n. 13940; nonché Cons. Stato, V, 9 marzo 2015, n. 1192.

¹⁴⁸ Per esempio in materia di concessioni, v. Cons. Stato, n. 1192/2015, cit.: «pur avendo ripetutamente statuito che lo strumento tipico per risolvere la questione di giurisdizione prima che sia definito anche solo in parte il merito della controversia è il regolamento preventivo di giurisdizione, rispetto alla cui proposizione è pertanto legittimata anche la parte attrice o ricorrente (sentenza 23 aprile 2001, n. 174, ordinanze 25 luglio 2002, n. 10995, 6 luglio 2004, n. 12412, 14 gennaio 2005, n. 603, 21 settembre 2006, n. 20504, 27 gennaio 2011, n. 1876, 12 luglio 2011, n. 15237, 24 aprile 2014, n. 9251), nondimeno, in una recente pronuncia le stesse Sezioni unite hanno escluso che il divieto di abuso del processo sia violato dalla parte che abbia contestato la giurisdizione amministrativa da lui stesso adita, mediante motivo d'appello ai sensi dell'art. 9 del codice del processo di cui al d.lgs. n. 104/2010, in una controversia in cui il dubbio obiettivamente si poneva ed in

relazione alla quale scaturiva quindi una “necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione” (sentenza 19 giugno 2014, n. 13940)».

^[1] Seguite da altre ordinanze conformi: Cass., SS.UU., 4 settembre 2015, n. 17586; 22 maggio 2017, n. 12799; 22 giugno 2017, n. 15640; 2 agosto 2017, n. 19171; 23 gennaio 2018, n. 1654; 2 marzo 2018, n. 4996; 24 settembre 2018, n. 22435; 13 dicembre 2018, n. 32365; 19 febbraio 2019, n. 4889; 8 marzo 2019, n. 6885; 13 maggio 2019, n. 12635; 28 aprile 2020, n. 8236.

^[10] Queste le parole della stessa ordinanza qui commentata.

^[11] Cons. Stato, V, 27 settembre 2016, n. 3997; Cons. Stato, IV, 25 gennaio 2017, n. 293; Id., 20 dicembre 2017, n. 5980; Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

^[12] Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 857; Tar Pescara, I, 20 giugno 2012, n. 312; nonché ordinanze Cass. SS. UU., 21 aprile 2016, n. 8057 e 29 maggio 2017, n. 13454 per l'ipotesi di annullamento di autotutela di provvedimento di affidamento di servizio pubblico.

^[13] Sicché questa soluzione «potrebbe condurre a esiti disarmonici, in quanto, in base ad essa, laddove il risarcimento venga chiesto dal controinteressato per i danni causatigli da un provvedimento illegittimo, vi sarebbe giurisdizione del giudice amministrativo su tale domanda, mentre, qualora la domanda risarcitoria sia proposta dal soggetto destinatario del medesimo illegittimo provvedimento a lui favorevole, la giurisdizione si radicherebbe presso l'autorità giudiziaria ordinaria»: il che contrasta con la lettura costituzionalmente orientata della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, non attinente certo alla differente soggettività delle parti di fronte a un medesimo esercizio di potere amministrativo.

^[14] Così Cons. Stato, V, 17 gennaio 2014, n. 183.

^[15] Cfr. Cons. Stato, IV, 29 ottobre 2014, n. 5346.

^[16] Cons. Stato, IV, 20 dicembre 2017, n. 5980; Tar Campania, Napoli, VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017, che riconduce la tematica *de qua* alla responsabilità precontrattuale.

^[17] G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

^[18] Cons. Stato, VI, 10 settembre 2009, n. 5454.

^[19] In questo senso anche Cons. Stato, V, 5 dicembre 2008, n. 6049; Cons. Stato, IV, 24 febbraio 2000, n. 999.

^[20] In base al quale «Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione».

^[21] G. Tropea, *L'abuso*, cit., p. 38.

^[22] Cass., SS.UU., 9 ottobre 2008, n. 24883. Sulla pronuncia, tra i numerosi commenti, v. M.A. Sandulli, *Dopo la “translatio iudicii”, le Sezioni Unite riscrivono l'art. 37 c.p.c. e muovono un altro passo verso l'unità della tutela (a primissima lettura in margine a Cass., SS.UU., 24883 del 2008)*, la quale trae dalla pronuncia echi di unità della tutela nei rapporti tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, sottolineando la necessità – in ragione dei principi di equità e ragionevole durata del processo – di concentrare innanzi al Giudice amministrativo le controversie in materia di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto; v. anche M. Lipari, *La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla Camera dei Deputati (AS-1082): certezze e dubbi*; R. Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, tutti in *Federalismi.it*, n. 24/2008.

^[23] Continua la pronuncia: «In altri termini il giudice deve innanzi tutto autolegittimarsi (art. 276, comma 2, c.p.c.) ed eventualmente rilevare subito il difetto di giurisdizione (art. 37 c.p.c.) e, quindi, il suo silenzio equivale a una pronuncia positiva così come il silenzio delle parti vale acquiescenza (art. 329 c.p.c.)».

^[24] Il principio risulta tutt'ora consolidato, v. per esempio Cons. Stato, II, 2 dicembre 2020, n. 7628: «Ai sensi degli artt. 74 e 88 comma 2 lett. d), c.p.a., è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che aveva adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado; tale regola processuale trova infatti fondamento nel divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche, in quanto vige nel nostro sistema un generale divieto di abuso di

ogni posizione soggettiva (divieto che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto), in cui si inserisce anche l'abuso del processo».

^[25] V. in proposito i commenti a Cass., SS.UU., 20 ottobre 2016, n. 21260: tra gli altri, G.G. Poli, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, in *Il Foro it.*, 2017, I, cc. 977 ss.; A. Travi, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, *ivi*, cc. 983 ss.; F. Auletta, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può più contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, *ivi*, cc. 986 ss. V., inoltre, R. Villata, *La giurisdizione e il suo processo sopravviveranno ai "cavalieri dell'apocalisse"*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2017, pp. 106 ss.; Id., *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, *ivi*, n. 4-5/2017, pp. 1093 ss.

^[26] Letteralmente da Cass., SS.UU., 29 marzo 2011, n. 7097, la quale puntualizza: «Il ricorso è ammissibile perché sulla questione di giurisdizione non si è formato il giudicato, né implicito, né esplicito. Come è noto, secondo la giurisprudenza di questa Corte, anche dopo l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 37 c.p.c., che ne ha delineato l'ambito applicativo in senso restrittivo, la questione di giurisdizione può essere sempre sollevata, anche in relazione alla sentenza di appello, quando una delle parti (non importa quale) abbia sollevato tempestivamente la questione stessa con i motivi di appello. Infatti, la portata dell'art. 37 c.p.c. riacquista la sua massima espansione quando il tenore della decisione (che attenga al rito o al merito, o ad entrambi) sia tale da escludere qualsiasi forma di decisione implicita o esplicita sulla giurisdizione (Cass. 24883/2008), ovvero quando la questione sia emersa entro i limiti cronologici consentiti, come nella specie».

^[27] Su cui, oltre al già citato Tropea, v. anche, tra gli altri, M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'abuso della tutela giurisdizionale*, Milano, 2004; Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; Id., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 445 ss.; C.E. Gallo, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 1005 ss.; N. Paolantonio, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, pp. 1 ss.; G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 1138 ss.; S. Baccarini, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, *ivi*, pp. 1203 ss.; G. Tropea, *Spigolature in tema di abuso di processo*, *ivi*, pp. 1262 ss.; G. D'Angelo, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, pp. 181 ss., nota a Cons. Stato, V, 29 ottobre 2014, n. 5346.

^[28] Tra cui Cass., SS.UU., 27 dicembre 2010, n. 26129 e la già citata Cass., SS.UU., n. 7097/2011.

^[29] Cass., SS.UU., n. 7097/2011: «il comportamento della parte la quale soltanto all'esito del giudizio di appello solleva la questione di difetto di giurisdizione del giudice da lei stesso adito (dopo avere contrastato la stessa eccezione formulata dalla controparte) costituisce violazione del dovere di lealtà e probità delle parti, di cui all'art. 88 cod. proc. civ.. Trattasi di un comportamento processuale idoneo a pregiudicare il diritto fondamentale della parte ad una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 Cost.. Pertanto tale condotta può determinare l'applicazione dell'art. 92 cod. proc. civ., comma 1, ultima parte secondo il quale, il giudice, a prescindere dalla soccombenza può condannare una parte al rimborso delle spese che, in violazione dell'art. 88 cod. proc. civ., ha causato all'altra parte (v. Cass. 18810/2010)».

^[30] V. in proposito le riflessioni di S. Pignataro, *L'auto-eccezione del difetto di giurisdizione: profili problematici e spunti ricostruttivi*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019.

^[31] Si tratta di Cons. Stato, n. 1192/2015, cit.

^[32] Si segnalano qui, tra gli innumerevoli contributi, quelli di G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2016, pp. 483 ss.; C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, pp. 564 ss.; F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 24/2011; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (breve note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *Federalismi.it*, n. 7/2011; P. Chirulli, *Responsabilità da comportamento. Report annuale 2011*, in *Jus Publicum*, www.jus-publicum.com, 2011; da ultimo – più in generale sulla tutela dell'affidamento alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali della Cassazione – v. anche M. Filippi, *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 11 febbraio 2021.

^[33] Così Cass., SS.UU., ord. 4 settembre 2015, n. 17586: «L'azione di risarcimento dei danni per l'affidamento incolpevole del beneficiario del provvedimento amministrativo emesso illegittimamente e poi rimosso per annullamento in autotutela divenuto definitivo o per annullamento in sede giurisdizionale spetta alla giurisdizione del G.o.; il solo fatto che nella fattispecie rilevi l'agire della p.a. che ha portato all'adozione del provvedimento favorevole illegittimo non giustifica che la lesione che si manifesta *ex post* quando tale provvedimento viene rimosso, e fa sorgere eventuale diritto al risarcimento del danno da affidamento incolpevole, sia riferibile all'interesse legittimo che il beneficiario aveva in relazione a quell'agire, e

ciò in quanto quell'interesse pretensivo non era già l'interesse all'agire legittimo della p.A., bensì quello all'emanazione del provvedimento ampliativo, che è stato, sia pure illegittimamente, soddisfatto. Ciò che viene in rilievo successivamente all'annullamento è piuttosto il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, con conseguente giurisdizione del G.o.». A commento di quest'ordinanza, cfr. M. Sinisi, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2015, pp. 1059 ss.

^[34] Cass., SS.UU., ord. 22 giugno 2017, n. 15640, statuisce che la responsabilità da annullamento in autotutela della p.A. non ricade né nella responsabilità aquiliana né in quella contrattuale, pur essendo più vicina a quest'ultima a causa del "contatto" qualificato tra le parti; la posizione giuridica ricoperta dal privato, peraltro, non ricadrebbe nell'interesse legittimo ma sarebbe «assimilabile» al diritto soggettivo.

^[35] Le perplessità espresse sul punto, all'epoca dell'emanazione delle ordinanze, da M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 11, sono chiare e condivisibili, poiché «il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico e coerentemente la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo: tanto più se esso ha già conosciuto in sede cognitoria della sua legittimità (su ricorso del terzo leso nel suo interesse oppositivo o del destinatario leso dal suo annullamento d'ufficio)». Questo a meno che la situazione di legittimo affidamento non sia considerata diritto soggettivo, tutelabile innanzi al Giudice ordinario: orientamento, questo, progressivamente consolidatosi negli anni successivi.

^[36] Lo evidenzia con chiarezza M. Filippi, *Il principio dell'affidamento*, cit., p. 4.

^[37] Con ulteriore complicazione qualora l'annullamento d'ufficio sia esercitato su istanza di un terzo controinteressato al provvedimento ampliativo di primo grado: cfr. M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2011, p. 896 ss., spec. p. 809.

^[38] C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, pp. 564 ss., spec. p. 569-570: «l'interesse legittimo vantato dal cittadino [...] è sempre il medesimo, e cioè è la pretesa ad un provvedimento (non solo) favorevole (ma anche) frutto dell'attività legittima dell'amministrazione [...]. [...] l'interesse legittimo non può essere disgiunto dalla legittimità del provvedimento; e ciò innanzitutto perché l'interesse legittimo è attribuito al cittadino in relazione a vicende nelle quali all'Amministrazione è attribuito un potere, che per definizione deve essere esercitato legittimamente al fine di perseguire il pubblico interesse, cosicché la coesistenza armoniosa delle due posizioni, interesse legittimo e potere, vi è soltanto se entrambe corrispondono al diritto. L'interesse legittimo, inoltre, è correlato al legittimo esercizio del potere, nel senso che lo richiede, perché nel nostro ordinamento [...] non è ipotizzabile che vi sia una posizione di vantaggio che possa essere acquisita e mantenuta anche se è frutto di un'attività illecita o comunque contrastante con il diritto». Della stessa opinione è M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo*, cit.; viceversa, secondo F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 462 ss., la legittimità del provvedimento ampliativo è una qualità affatto indifferente per il privato destinatario, il quale più semplicemente mira al conseguimento e alla stabilità degli effetti di quel provvedimento.

^[39] Cfr. A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 2011, I, p. 2398.

^[40] F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito*, cit., p. 9, così si esprime: «è proprio incontrovertibile che l'affidamento sia un diritto soggettivo (o un interesse legittimo)? O meglio, è sicuro che esista un diritto all'affidamento o un diritto alla correttezza dell'azione amministrativa svincolato dalla vicenda amministrativa autoritativa? Cioè si è sicuri che la lesione dell'affidamento e la violazione della correttezza – che resta uno dei vizi di legittimità del procedimento amministrativo da tempi "sandulliani" e quindi costituisce un "parametro" del sindacato – diano invece luogo a posizioni soggettive autonome svincolate dalla vicenda sostanziale cui si riferiscono e idonee a essere riparate da un giudice diverso da quello della vicenda sostanziale? Cioè, si possono scorporare correttezza, non discriminazione, buon andamento, ecc. dal procedimento amministrativo e quindi dal luogo tipico di esercizio della funzione e di composizione tra interessi contrapposti? (Non si sottovaluti la normale trilateralità delle vicende sostanziali in esame e la potenziale plurioffensività dell'unica manifestazione del potere che si rinviene in esse). O piuttosto il giudice "ordinario" e naturale della funzione pubblica dovrebbe conoscere anche di quelle lesioni e di quelle violazioni provocate nell'esercizio del potere pubblico nell'ambito di una medesima vicenda sostanziale?».

^[41] Così, P. Chirulli, *Responsabilità da comportamento*, cit., p. 14.

^[42] Ci si riferisce a Cass., SS.UU., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, con nota di G. Tropea e A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del G.o. Note critiche*, in *Giustizainsieme.it*, 15 maggio 2020; F. Ferretti, *Lesione dell'affidamento del privato ad opera della p.A. e conseguenze sul riparto di giurisdizione (nota a Ord. Cass. Civ. Sez. Un. n. 8236 del 28 aprile 2020)*, in *Judicium.it*, 2020.

^[43] Per la quale «nel caso di annullamento in sede giurisdizionale di un titolo abilitativo [...] non può [...] dolersi del danno chi – per una qualsiasi evenienza e con un provvedimento espresso, ovvero a seguito di un silenzio assenso o una s.c.i.a. – abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile solo *contra legem*) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno»: Cons. Stato, IV, n. 5346/2014, cit.

^[44] V. Tar Campania, Napoli, VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017, in materia di revoca dell'aggiudicazione definitiva di una gara d'appalto: «Venendo, ora, a scrutinare l'*an* dell'invocato danno risarcibile, non rileva, innanzitutto, l'elemento psicologico del lamentato illecito precontrattuale. In questo senso, la Corte di giustizia UE (sez. III) ha reputato incompatibile con l'ordinamento comunitario la normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (sent. 30 settembre 2010, C-314/09). Essa ha, dunque, configurato in modo marcatamente oggettivo la responsabilità dell'amministrazione nel particolare settore degli appalti pubblici, connotato dalla funzione riparatorio-compensativa della tutela risarcitoria per equivalente, con cui surrogare integralmente, in presenza dei medesimi e soli presupposti di illegittimità, quella in forma specifica, rivolta al conseguimento del bene della vita ambito (aggiudicazione), nonché connotato dalla sostanziale completezza, autoconclusività e puntualità della relativa disciplina, la cui inosservanza risulta, di per sé, presuntiva di colpa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 483/2012)».

^[45] In questo senso anche la nota sentenza Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, sulla quale v. il commento – e relativi rinvii bibliografici ivi riportati – di F.F. Guzzi, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: l'Adunanza Plenaria fa un ulteriore passo in avanti verso la parificazione della P.A. al contraente privato anche nella fase della procedura di evidenza pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019.

^[46] Tar Napoli, VIII, n. 4017/2012, cit.: «L'ordinamento, infatti, apprezza con favore il ripristino della legalità attraverso il riconoscimento dell'esercizio dei poteri di autotutela dell'Amministrazione, ma riconosce comunque che, dopo una "legittima" revoca dell'aggiudicazione, possa residuare spazio per il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa». In merito alla dicotomia tra legittimità del provvedimento di autotutela e responsabilità precontrattuale della p.A. sia consentito il rinvio a C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, spec. pp. 268 ss.

^[47] Cass., I, 20 dicembre 2011, n. 27648: «in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi come nel caso di responsabilità da contatto sociale, in una delle ipotesi di cui all'art. 1173 c.c.». La sentenza è richiamata da Tar Napoli, VIII, n. 4017/2012, cit., la quale rimarca il concetto: «Perché sussista una tale responsabilità per "*culpa in contrahendo*" a carico della pubblica amministrazione, occorre però, da un lato, che il comportamento tenuto dalla P.A. risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del cod. civ., dall'altro, che lo stesso comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro. L'obbligo di correttezza e buona fede nelle trattative va inteso in senso "oggettivo", nel senso che non si richiede un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che senza giustificato motivo ha eluso le aspettative della controparte».

^[48] Cons. Stato, V, 22 ottobre 2019, n. 7161: «la responsabilità precontrattuale richiede non solo la buona fede soggettiva del privato, ma anche che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e lealtà dell'amministrazione, e che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione stessa, in termini di colpa o di dolo».

^[49] *Ex multis*, Tar Campania, Napoli, V, 3 settembre 2019, n. 4440.

^[50] Ci si riferisce qui alla nota figura metaforica di S. Giacchetti, *Fontanazzzi giuridici: l'integrazione in corso di giudizio del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, pp. 18 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1482 - 7 gennaio 2021

Scuola, regioni e COVID-19. Sviluppi giurisprudenziali.

di Clara Napolitano

Sommario: 1. Gli interventi del Giudice amministrativo territoriale. – 2. Il caso Piemonte. – 3. Il caso Calabria. – 4. Spunti conclusivi.

1. Gli interventi del Giudice amministrativo territoriale.

Il tema del contrasto tra salute e istruzione e del complesso bilanciamento dei diritti fondamentali aventi per oggetto questi due beni continua a essere oggetto di pronunce giurisdizionali.

Il rapporto tra le istanze tese alla riapertura delle scuole e quelle che, invece, sono a questa contrarie in ragione di esigenze di tutela della salute di chi vi studia e vi lavora, nonché delle loro famiglie, è variamente composto dalle ordinanze regionali che regolano lo spazio loro concesso dai d.p.c.m. e dai decreti-legge che ne costituiscono la fonte primaria.

Il fondamento giuridico del potere generale dei vertici degli enti territoriali – regionale o comunale – di disporre in materia di igiene e sanità pubblica è sito nell'art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833, che consente ai presidenti della giunta regionale e ai sindaci di emanare ordinanze contingibili e urgenti, «con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale».

A ciò si aggiunge il potere loro specificamente attribuito di derogare alle norme di fonte statale in materia di Covid-19: inizialmente profilato in maniera estremamente limitata, per cui nelle more dell'adozione dei d.p.c.m., e con efficacia limitata fino a quel momento, le Regioni potevano introdurre misure restrittive ma soltanto «in relazione a specifiche

situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso» ed «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»^[1]; poi ampliato «per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e *sociali*», sicché le Regioni possono, sulla base di monitoraggi quotidiani delle curve epidemiologiche che interessano il loro ambito territoriale, «introdurre misure derogatorie restrittive» rispetto a quelle statali, «ovvero anche ampliative»^[2].

Il quadro normativo tenta dunque di operare un inquadramento dei poteri regionali – anche nella materia sanitaria, di competenza concorrente – impedendo a questi enti di disporre in modo confliggente con la fonte statale ma conferendo loro poteri derogatori in relazione alle specifiche realtà territoriali, purché teleologicamente orientati a consentire lo svolgimento in sicurezza delle attività (dunque, non a impedirle) e solo ove strettamente necessari, implicando così un peculiare onere motivazionale dei provvedimenti delle Regioni.

La materia della scuola costituisce un punto nevralgico e sensibile: se non altro per il comune sentire, che parrebbe tollerare un rallentamento – o anche una sospensione – delle attività economiche, ma non di quelle didattiche e formative, evidentemente ritenute “più fondamentali” delle altre, e dunque incompressibili. Diverso però è l'orientamento delle Amministrazioni territoriali regionali, le quali fanno un uso del principio di precauzione abbastanza marcato e dunque – in ragione della tutela della salute e della sicurezza pubblica – dispongono misure più restrittive di quelle statali in materia scolastica: mentre i d.p.c.m. non impongono la chiusura delle scuole, ma tentano di contemperare la prosecuzione delle attività didattiche con le esigenze di tutela della salute tramite apertura degli istituti scaglionata e limiti percentuali alle ore di formazione erogate anche a distanza, le ordinanze regionali sono più radicali e provvedono – almeno per le fasce d'età più giovani – alla chiusura degli istituti scolastici e alla predisposizione di piattaforme per la cosiddetta DaD.

Un equilibrio, è evidente, di difficile composizione: che conduce a un fiorente contenzioso giurisdizionale e che ha visto pronunciarsi sul punto diversi Giudici amministrativi territoriali^[3], i quali offrono un quadro complessivo che può compendiarsi come segue.

Anzitutto, sotto il profilo processuale, la peculiarità delle situazioni giuridiche tutelate consentirebbe un utilizzo dei mezzi del processo inusuale, ampliando i casi di ammissibilità di domande cautelari (anche in secondo grado) di tipo monocratico *ex art. 56 c.p.a.*: un criterio, questo, che sembra suggerire che vi siano diritti “più fondamentali di altri”.

Sotto il profilo sostanziale, lo scrutinio dei Giudici territoriali – quello leccese ne costituisce un fulgido esempio – si avvicina moltissimo al merito del bilanciamento operato dalle Regioni, pur senza sostituirsi a esse. Più in generale, l'ingresso nelle valutazioni amministrative è effettuato tramite l'utilizzo del principio di precauzione e di proporzionalità, nonché – da un angolo visuale più squisitamente tecnico – tramite l'esame della motivazione delle ordinanze, che fa rinvio ai dati epidemiologici monitorati per brevi finestre temporali. L'impressione che se ne ricava è che la sospensione della didattica in presenza nelle scuole è un provvedimento talmente forte che la sua motivazione dev'essere tecnicamente affidabile, approfondita e conoscibile a tutti, nonché sempre aggiornata. Altrimenti le ordinanze sono illegittime per vizio motivazionale e per violazione del principio di proporzionalità.

Ma – come detto in apertura – il percorso giurisprudenziale prosegue. Due gli ultimi interventi: quello del Giudice amministrativo piemontese e quello del Tribunale calabrese, esaminati in quest'ordine per criterio puramente cronologico.

2. Il caso Piemonte.

Con sentenza semplificata il Tar Piemonte^[4] si è pronunciato sull'impugnazione di un decreto, il n. 132 del 28 novembre 2020, con il quale il Governatore della Regione ha ordinato la sospensione dell'attività didattica in presenza per le classi seconde e terze delle scuole secondarie di primo grado (*rectius*, scuole medie), sostituendola con quella a distanza fino al 23 dicembre 2020.

Secondo i ricorrenti, se quelle misure – in un primo momento – erano in linea con le disposizioni di fonte statale^[5] in ragione della collocazione del Piemonte nella c.d. zona rossa, la successiva “declassificazione” della medesima Regione da rossa ad arancione^[6] avrebbe richiesto la ripresa della didattica in presenza e, dunque, misure regionali meno rigide.

Il Tribunale motiva la reiezione del ricorso sulla base di un *iter* logico che guarda prima all'*an* e poi al *quomodo* del potere regionale in materia di igiene e pubblica sicurezza.

Il Giudice amministrativo ribadisce, anzitutto, che il sistema delle fonti nella gestione dell'emergenza consente espressamente un potere derogatorio *in pieus* da parte delle Regioni rispetto alle disposizioni statali: non v'è, dunque, una unilateralità del sistema per cui il livello statale prevale su tutti i livelli di governo inferiore. Anzi, al contrario, le Regioni hanno un pieno potere di deroga, tanto *in pejus* quanto *in melius*^[7]. Addirittura, mentre il potere di deroga in senso restrittivo è generalizzato, richiedendo solo la previa comunicazione delle misure peggiorative al Ministero della Salute, quello in senso migliorativo è limitato a ipotesi tassative e prevede anche un *iter* procedimentale aggravato, richiedendo la previa *intesa* con il Ministero medesimo. Ciò «a riprova del fatto che la *ratio* immanente al sistema emergenziale delle fonti privilegia le misure più contenitive, mentre irreggimenta in un fitto reticolo di cautele l'eventuale allentamento dei regimi ad iniziativa delle Regioni».

Dal quadro normativo statale emerge che i presupposti della legislazione emergenziale cui viene subordinato l'esercizio del potere regionale in senso più restrittivo sono invariabilmente ricollegati all'evoluzione del quadro epidemiologico: oltretutto, *ex* art. 1, comma 16, d.l. n. 33/2020, i poteri derogatori sono declinati, sul versante temporale, in termini di cedevolezza rispetto al successivo intervento di decretazione a livello nazionale del Presidente del Consiglio dei ministri. Il sistema regolatorio è multi-livello e ha una «efficacia interinale la cui regia generale resta intestata all'autorità statale che decide, volta per volta, il nuovo regime di *default* su cui possono giustapporsi le autorità regionali secondo il regime di derogabilità differenziato» a seconda delle curve epidemiologiche.

Nell'ottica del Giudice amministrativo, quindi, la Regione Piemonte ha esercitato un potere derogatorio *in pejus* del quale dispone, in applicazione del sistema delle fonti profilato nell'emergenza, e lo ha esercitato in conformità ai limiti previsti dal combinato disposto dei dd.ll. n. 19 e 33 del 2020, avendo anche ampiamente motivato le misure restrittive con riferimento all'andamento della situazione epidemiologica nel territorio piemontese («un

indicatore Rt puntuale pari a 0,89 con classificazione complessiva di rischio moderata con probabilità alta di progressione a rischio alto»).

Quanto, poi, al *quomodo* del potere derogatorio. Qui il punto nevralgico sta nell'analisi della correlazione tra didattica a distanza e decremento dei contagi (o, viceversa, tra didattica in presenza e incremento dei contagi). Su questo il Giudice è da subito molto chiaro: nessuna parte può utilmente argomentare circa la correlazione tra i due fattori, per il semplice fatto che non esiste una copertura scientifica che ne provi l'esistenza nemmeno in via probabilistica o statistica.

In difetto, dunque, di una evidenza scientifica consolidata, il fulcro argomentativo del Tribunale sta nell'esame della discrezionalità amministrativa esercitata dalla Regione in ossequio al principio di precauzione.

Dopo una qualificazione ermeneutica del principio, che ne ripercorre le origini comunitarie nella materia dell'ambiente e ne traccia la potenzialità espansiva anche in altri ambiti regolativi, il Giudice piemontese fa proprio il consolidato orientamento giurisprudenziale ai sensi del quale «l'attuazione del principio di precauzione comporta [...] che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche»^[8]. Il principio, insomma, obbliga le pp.AA. a *evitare e prevenire* per quanto possibile il *rischio* (non il pericolo, già più probabile e verificato scientificamente) individuato a seguito di una «preliminare valutazione scientifica obiettiva».

Questa valutazione consiste in un «ragguardevole novero» di pareri proveniente da esperti dell'ambito sanitario-amministrativo per i quali l'incremento della frequenza in presenza avrebbe potuto indurre un aumento dei contagi: non una circostanza verificata, ma un pericolo plausibile.

La scelta della Regione, pertanto, appare logica laddove motiva che – per assicurare un alto livello di protezione in ossequio al principio di precauzione – l'attenuazione del rischio di diffusione del virus si possa attuare mantenendo il ricorso alla didattica digitale integrata. Il punto di sintesi raggiunto dalla Regione corrisponde a una scelta indubbiamente discrezionale, non vincolata dalla legge né necessitata dalle condizioni di contesto, tanto che non sarebbe stata doppiata in altre contesti regionali, senonché non può bollarsi come irragionevole o illogica, visto il solido ancoraggio logico-epistemologico al principio di precauzione e il grado di corroborazione fornita dai pareri scientifico-sanitari su cui si è basata.

Il Giudice piemontese affonda ancor di più nell'analisi, operando un – pur inespresso – test di proporzionalità delle misure restrittive della Regione: queste non sono assolute, prevedono deroghe per specifiche categorie di studenti, prevedono modalità compensative di erogazione della didattica; sono accompagnate da misure economiche che sostengono le famiglie nell'acquisto di *devices* in modo da compensare il c.d. *digital divide*; sono soltanto alcune tra la panoplia di misure restrittive che – per il rischio di contagio – non colpiscono solo il settore scolastico, ma in genere tutte le attività che interferiscono con la protezione della salute.

Ciò ne sancisce definitivamente la legittimità. Nondimeno, il Giudice si premura di rimarcare che l'eventuale futura declassificazione del livello di rischio della Regione – nel passaggio a

c.d. zona gialle – comporterà un onere motivazionale aggravato per il mantenimento di misure derogatorie *in pejus*, specie in materia di didattica scolastica.

3. Il caso Calabria.

Ben diverso l'esito di una controversia analoga instaurata dinanzi al Giudice calabrese^[9], il quale – con ampia e motivata sentenza – ha accolto il ricorso avverso l'ordinanza della Regione Calabria n. 87 del 14 novembre 2020, nella parte in cui ordina sull'intero territorio regionale, dal 16 novembre 2020 a tutto il 28 novembre 2020, la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado, con ricorso alla didattica a distanza, rimettendo in capo alle autorità scolastiche la rimodulazione delle stesse.

Anche in questo caso i gangli argomentativi concernono il fondamento e i limiti del potere di ordinanza introduttiva di misure derogatorie *in pejus* da parte delle Regioni; l'applicazione del principio di precauzione; la proporzionalità delle misure medesime. Come detto, l'analisi di questi tre aspetti conduce a un esito accoglitivo del ricorso.

La disamina sull'*an*, prima di tutto, s'inserisce in una cornice che limita il potere di ordinanza contingibile e urgente ai soli casi tassativi di pericolo di un danno grave e irreparabile. Limitare la portata del potere di ordinanza ne costituisce la condizione di esercizio legittimo in ossequio al principio di legalità in senso sostanziale.

Il Giudice calabrese individua il pericolo di un potere di ordinanza sostanzialmente “in bianco”, retto da disposizioni normative che ne definiscono solo il profilo teleologico; per far ciò, opera un utile richiamo alla nota sentenza della Consulta, n. 115/2011, la quale – in relazione al potere di ordinanza sindacale *ex* art. 54, comma 4, T.U.E.L. – tentò di scongiurare il pericolo di un utilizzo di quel potere senza una efficace copertura legislativa: «[Q]uesta Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente “l'assoluta indeterminatezza” del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione [...]. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa». La disposizione costituzionale di riferimento era costituita dall'art. 23 Cost., il quale istituisce una riserva di legge per le attività amministrative che limitano la libertà dei cittadini: «[I]l carattere relativo della riserva *de qua* non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini»^[10].

Sicché la legge deve determinare contenuto e modalità del potere e degli atti per evitare l'assoluta indeterminatezza di quanto attribuito all'autorità amministrativa, nelle ipotesi “emergenziali”, in deroga al principio di legalità sostanziale.

Ciò esclude, pertanto, che le ordinanze contingibili e urgenti, di per sé dotate di portata derogatoria del principio di legalità, possano essere emanate al di fuori degli stretti presupposti di emergenza, e dunque in situazioni permanenti o, ormai, prevedibili: l'intervento con ordinanza deve rivelarsi indispensabile, suffragato da adeguata istruttoria e approfondita motivazione circa lo stato di pericolo effettivo che intende affrontare.

Il Giudice, dunque, puntualizza la necessità di una situazione di stretta indispensabilità per derogare alle disposizioni dell'ordinamento statale e al principio di legalità da parte di enti territoriali *sub* governativi: i quali, specifica ancora, non hanno potere provvedimentale *extra ordinem* in ambiti di competenza che esulino dalla ripartizione di cui agli artt. 117 e 118 Cost., a meno di una norma che espressamente li autorizzi in via del tutto eccezionale.

In relazione alle ordinanze regionali in materia sanitaria nell'ambito di emergenza Covid-19, l'analisi si diffonde sul quadro normativo in continua evoluzione^[11], il quale restituisce un potere delle Regioni di provvedere in senso più restrittivo rispetto agli *standard* statali nell'ambito di limiti ben precisi: solo cioè in relazione a *specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario* verificatesi nel loro territorio e con limitazione di efficacia temporale di tali interventi sino alla adozione del successivo d.p.c.m.

Lo conferma la disposizione applicabile *ratione temporis*: il d.p.c.m. 3 novembre 2020 prevede infatti l'ordinaria erogazione dell'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia e per il primo ciclo di istruzione (articolato come noto nella scuola primaria e nella scuola secondaria di primo grado); mentre, in relazione alle aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto (c.d. zone rosse) come la Calabria, per effetto dell'Ordinanza del Ministro della Salute del 4 novembre 2020, prevede in via più restrittiva «lo svolgimento in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65 e del [solo] primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado».

Quanto alla fattispecie sottoposta al suo vaglio, il Giudice amministrativo della Calabria individua profili di spiccata illegittimità nel provvedimento impugnato per carenza motivazionale: i dati in esso richiamati, infatti, non trovano alcun riferimento in verbali, pareri o altri atti conosciuti. La stessa Amministrazione – rileva il Tribunale – non ha prodotto in giudizio i documenti che giustificerebbero la sospensione su tutto il territorio regionale di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado.

Sotto il profilo del *deficit* motivazionale, poi, il provvedimento regionale non dà specificamente conto di quelle precipue specifiche situazioni sopravvenute rispetto al d.p.c.m. del 3 novembre 2020 di aggravamento del rischio sanitario nel territorio regionale che da un lato legittimano l'intervento in termini più restrittivi del quadro statale e che dall'altro ne condizionano l'esercizio.

La carenza istruttoria – che si riflette poi sul piano della motivazione di quell'ordinanza – rivela l'esiguità dell'attenzione sul dato medico-scientifico della asserita correlazione tra frequenza scolastica e aumento dei contagi: un dato – come rilevato anche dal Tar Piemonte – non provato né suffragato da evidenze certe. La Regione ha pertanto errato nel non *tenere* – e nel non *dare* – conto della situazione territoriale, stante la già attuata misura statale di contenimento della frequenza nelle scuole medie e superiori (comunemente le più esposte al

contagio) e il passaggio stagionale dall'estate all'autunno quale momento di maggior circolazione del virus: una situazione che, incoerentemente nel testo della stessa ordinanza, consente di rilevare un basso tasso d'incidenza del Covid-19 sulla popolazione regionale.

Resta, dunque, scoperto da qualsivoglia istruttoria il provvedimento sospensivo adottato nei confronti della popolazione scolastica delle scuole primarie: la quale è, pertanto, sacrificata da un atto sproporzionato nel suo contenuto dispositivo e non sorretto da adeguata motivazione, bensì solo da un generico riferimento alla possibile problematicità delle scuole dell'infanzia e primarie quali luoghi di aggregazione nei quali «il rispetto del distanziamento interpersonale è complicato e la possibilità di trasmissione del contagio di origine domiciliare è amplificata». Un assunto, questo, non sorretto da evidenze scientifiche, che rivela una pura valutazione precauzionale dell'Asp e che va a sovrapporsi a quelle già compiute dalla Autorità statale cui, secondo l'impianto normativo dei dd.ll. e dei d.p.c.m., è riservata la competenza, anche in ragione della possidenza di plurime e più attrezzate competenze.

Il principio di precauzione è stato qui utilizzato in modo sbilanciato; «oltre ogni limite», dice il Tribunale: porta, dunque, al blocco delle attività. Senza tener conto – come rileva il Giudice – che nel caso di specie le scuole si erano già tutte attrezzate per contenere eventuali focolai.

Il provvedimento rivela poi l'incoerenza dell'Ente regionale, il quale aveva pure impugnato l'ordinanza ministeriale che includeva la Calabria tra le zone rosse.

Ancora, il provvedimento difetta d'istruttoria laddove non tiene conto della difformità tra i diversi territori della regione, specie tra piccoli e grandi centri, circa l'utilizzo dei mezzi pubblici da parte dei più piccoli e del grave *deficit* di digitalizzazione che rende praticamente impossibile usufruire della didattica a distanza.

Quanto, poi, alla violazione del principio di proporzionalità, l'analisi giurisdizionale si sofferma sul diritto alla salute e sul suo “peso” rispetto agli altri diritti costituzionalmente tutelati. A questo proposito il Giudice si allinea alle note statuizioni della Consulta nel caso ILVA[12]: il diritto alla salute ha un valore primario poiché la sua tutela costituisce il presupposto essenziale perché i cittadini possano esercitare anche gli altri diritti sanciti in Costituzione; questo, tuttavia, non ne decreta un ruolo necessariamente preponderante – o “tiranno” – ma obbliga pur sempre la Repubblica a cercare una mediazione, a bilanciarlo con gli altri diritti, quali – per esempio – quello al lavoro o all'istruzione.

Questo deve spingere le pubbliche Autorità a cercare sempre, o almeno in prima battuta, un punto d'equilibrio tra le esigenze di protezione della salute e quelle di garanzia dell'istruzione, le quali peraltro vengono “poco dietro” alle prime. Tutelare la salute non può significare – secondo il Giudice amministrativo – chiudere *sic et simpliciter* le scuole. Non in un territorio come quello calabrese, caratterizzato da un forte *digital divide* che rischia di estraniare i giovanissimi da un circuito anche elementare d'istruzione e socializzazione.

Qui non è sufficiente un generico rischio di contagio per provvedere in modo più restrittivo rispetto alle misure statali, già di per sé ben prudenziali e precauzionali per evitare la diffusione del virus nelle scuole.

Il principio di precauzione, insomma, dev'essere bilanciato dal criterio di proporzionalità: questo, nell'ordinanza regionale gravata, non è accaduto. Il che la rende illegittima e meritevole di annullamento.

4. Spunti conclusivi.

Le due sentenze, emanate a pochissimi giorni di distanza l'una dall'altra, sono esempio di un dialogo incessante tra i Giudici in una materia che, se non altro per la sua estensione cronologica, rischia di dettare nuove regole che resteranno anche una volta terminato lo stato d'eccezione.

Anche se gli esiti processuali sono opposti – di reiezione del ricorso quello piemontese, di accoglimento quello calabrese – non può non notarsi una certa simmetria argomentativa tra le due pronunce.

L'esigenza manifesta è quella di provare a mettere ordine nel fitto quadro normativo per identificare i presupposti del potere regionale di ordinanza e di deroga rispetto alle misure statali, nonché per segnare i limiti per l'esercizio legittimo.

Mentre il Tribunale piemontese accoglie una lettura più generale del potere di deroga *in pejus*, il Giudice calabrese par assumere una posizione nettamente più sorvegliata sul punto. Questo sulla base dell'equiparazione del potere di ordinanza contingibile e urgente del Sindaco a quello dei Presidenti delle Regioni in materia di sanità: il rischio è che la norma, solo teleologicamente orientata alla tutela di specifici interessi pubblici, consegna in mano alle Autorità *sub* statali un potere "in bianco". Vero è che, sotto altro profilo, le disposizioni settoriali in tema di Covid-19, in realtà, esprimono limiti abbastanza definiti di questo potere: ancorandone l'esercizio al monitoraggio dei dati epidemiologici e alle sopravvenute situazioni di aggravamento sanitario.

Se le disposizioni statali favoriscono la deroga *in peius* – come segnalato dal Tar Piemonte – è altresì vero che questo potere derogatorio dev'essere esercitato con una rigorosa istruttoria e con una convincente motivazione, suffragata da pareri e dati scientifici che mostrino l'andamento del contagio e giustifichino, dunque, l'assunzione di misure più restrittive rispetto a quelle statali da parte dei governatori delle Regioni.

Su questo punto i due Giudici sono allineati: l'approfondito scrutinio motivazionale consente di valutare se i provvedimenti impugnati costituiscano esercizio illegittimo del potere derogatorio o meno.

L'ordinanza regionale piemontese si rivela ben strutturata e assistita da un'istruttoria approfondita e da dati scientifici precisi; viceversa, l'ordinanza calabrese mostra un profilo motivazionale troppo debole e generico.

Questi aspetti, peraltro, sono qui cautamente valutati dai Giudici perché le misure regionali toccano un diritto fondamentale quale quello all'istruzione: il provvedimento piemontese presta ossequio *sia* al principio di precauzione *sia* a quello di proporzionalità; viceversa, quello calabrese è sbilanciato solo sul primo, con un effetto di sostanziale alienazione degli alunni dal circuito scolastico.

Ne deriva un quadro estremamente complesso, nel quale il Giudice amministrativo ricopre ancora un ruolo-chiave, esercitato con pronunce sempre più approfonditamente motivate, le quali costituiscono volta per volta lo *standard* sul quale le Amministrazioni regionali possono compiere future valutazioni.

Ma risalta fulgido anche il ritratto di un Giudice particolarmente attento al proprio territorio: Calabria e Piemonte sono realtà diverse, sicché mentre nella prima il *digital divide* è strutturale, ampio e le peculiarità territoriali e sociali rendono molto più necessaria la presenza della scuola (e, per converso, una forte rigorosità motivazionale della sospensione di quella presenza), viceversa in Piemonte questi problemi sembrano meno spinosi, consentendo l'adozione di misure di sospensione delle attività didattiche in presenza che possono essere ben compensate da un puntuale aiuto per la digitalizzazione per le famiglie in difficoltà.

Le sensibilità di chi si pronuncia sui provvedimenti in materia scolastica tengono conto di questa diversità, con grande attenzione a che le Amministrazioni territoriali regionali garantiscano – assieme al diritto alla salute – l'assolvimento di quei doveri inderogabili di solidarietà che la Repubblica assume su di sé perché gli individui – di oggi e di domani – possano avere una formazione (anche) sociale il più completa possibile.

La Repubblica – anche attraverso l'intervento del potere giurisdizionale – rimuove così ostacoli e disuguaglianze, nell'attuazione sinergica degli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.

^[1] Così, art. 3, comma 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. con l. 22 maggio 2020, n. 35. Queste disposizioni si applicano anche in materia di sanità.

^[2] Così, art. 1, comma 16, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. con l. 14 luglio 2020, n. 74. Le deroghe devono essere previamente comunicate al Ministero della Salute ove peggiorative delle disposizioni statali; sono invece sottoposte a previa intesa con il medesimo Ministero nel caso di deroga *in melius*.

^[3] Sia consentito un veloce rinvio a C. Napolitano, *Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute* (Nota Cons. Stato 6453/2020), in www.giustiziainsieme.it, 18 dicembre 2020.

^[4] Tar Piemonte, I, 12 dicembre 2020, n. 834.

^[5] Ordinanza del Ministro della Salute del 4 novembre 2020 in applicazione dell'art. 3, d.p.c.m. 3 novembre 2020.

^[6] Ordinanza del Ministro della Salute del 27 novembre 2020.

^[7] Art. 1, comma 16, d.l. n. 33/2020, conv. con l. n. 74/2020, cit.

^[8] Cons. Stato, III, 3 ottobre 2019, n. 6655.

^[9] Tar Calabria, I, 18 dicembre 2020, n. 2075.

^[10] Cfr. Corte cost., 13 aprile 2011, n. 115, punto 5 in diritto.

^[11] D.l. 25 marzo 2020 n. 19 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 35/2020 e seguito dai successivi interventi dei d.l. 16 maggio 2020, n. 33 convertito con modificazioni dalla l. n. 74/2020, d.l. 30 luglio 2020, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. n. 159/2020 e da ultimo dal d.l. 2 dicembre 2020, n. 158, non ancora convertito (decreto questo non applicabile alla fattispecie in quanto sopravvenuto al provvedimento impugnato).

¹¹²¹ Corte. Cost., n. 85/2013.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1539 - 10 febbraio 2021

Sulla tutela cautelare monocratica richiesta con «flaggatura» (note critiche a T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, decr. 31 dicembre 2020, n. 503)

di Angelo Giuseppe Orofino e Andrea Panzarola

Sommario: 1. La questione - 2. Sul generale potere di qualificazione della domanda giudiziale da parte del giudice amministrativo - 3. *Segue*: l'individuazione *per relationem* delle domande formulate - 4. Alcune conclusioni.

1. La questione

Queste brevi osservazioni traggono origine dalla lettura di un decreto cautelare^[1] con il quale il Tar bolognese ha ritenuto che la semplice spuntatura di una casella del modulo adoperato per il deposito telematico del ricorso e dei suoi allegati, sarebbe idonea a manifestare la volontà del ricorrente di chiedere tutela cautelare monocratica, mai domandata nell'atto processuale notificato alle controparti, né con altro atto versato in giudizio anche in tempo successivo alla notifica.

Le argomentazioni addotte dal Tribunale per supportare la conclusione accolta possono essere così sintetizzate: *a*) la «flaggatura» della casella per mezzo della quale, con il modulo di deposito, si indica di aver chiesto tutela cautelare monocratica, sarebbe equivalente ad una domanda cautelare *ex art. 56 c.p.a.*^[2] e sarebbe chiara, ancorché non espressa, manifestazione dell'intenzione della parte di richiedere misure urgenti anticipate; *b*) in tal senso si pone la normativa, comunitaria e nazionale, che consente la adozione, anche senza contraddittorio, di strumenti cautelari di urgenza per la tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti che si confrontano con una pubblica amministrazione.

Alla luce di queste argomentazioni, il Tar ha ritenuto ammissibile la richiesta monocratica formulata con la sola spunta della casella del modulo di deposito a ciò dedicata, salvo poi reputarla infondata per mancanza dell'urgenza qualificata che deve sussistere ai fini della concessione di un provvedimento presidenziale *ex art. 56 c.p.a.*

Qui non interessa tanto stabilire se sia, o meno, condivisibile l'affermazione secondo cui è possibile concedere misure cautelari non precedute dalle forme conoscitive richieste dall'art. 56, commi 2[3] e 5[4], c.p.a.

Come tutti sanno, l'art. 61 c.p.a. consente adesso, a somiglianza della soluzione da tempo accolta nel processo civile, la pronuncia di misure cautelari anteriori alla causa[5], vale a dire prima della notificazione del ricorso introduttivo. La norma pone condizioni stringenti^[6] per questa forma di tutela cautelare *ante causam*, incentrate sulla comprovata sussistenza di una ipotesi di eccezionale gravità ed urgenza che non permetta neppure la previa notificazione del ricorso^[7].

Nel caso di specie non si è a fronte di una richiesta formulata *ante causam*, ai sensi dell'art. 61 c.p.a., visto che l'istanza è stata rinvenuta dal Tar all'interno del modulo di deposito di un ricorso previamente notificato.

Il che lascia intendere che la *regola iuris* alla luce della quale avrebbe dovuto essere esaminata la vicenda è (non già quella deducibile dall'art. 61 c.p.a., ma) quella recata dall'art. 56 c.p.a., il quale richiede la previa notifica della «domanda cautelare».

Si badi bene, non di una istanza purchessia, ma di una istanza che posseda i requisiti di forma-contenuto di una vera e propria «domanda cautelare», con la quale, per ripetere il testo dell'art. 56 comma 1, c.p.a., il ricorrente esteriorizzi gli estremi tanto oggettivi quanto soggettivi di una «domanda» per una tutela urgente, giustificandola con la circostanza che la «estrema gravità» che contraddistingue la controversia non consente «neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio».

2. Sul generale potere di qualificazione della domanda giudiziale da parte del giudice amministrativo

In questo contesto la parte del decreto che suscita fatalmente maggiore interesse è quella in cui il Tribunale afferma che la semplice spunta di una casella di testo del modulo predisposto per il deposito degli atti nel processo telematico sarebbe di per sé idonea a manifestare la volontà del ricorrente di chiedere una domanda di tutela monocratica, non espressamente formulata nell'atto processuale notificato alle controparti.

Il TAR ha, dunque, ritenuto che le indicazioni espresse con il deposito del modulo fossero idonee ad integrare la domanda svolta dal ricorrente che – secondo quanto è dato comprendere dalla lettura del provvedimento in esame – non conteneva nessuna esplicita richiesta di tutela cautelare monocratica.

Si può immaginare che, provvedendo nel modo descritto, il Tar abbia inteso far prevalere la sostanza sulla forma^[8], magari nella auspicata prospettiva di garantire una più ampia effettività della tutela del ricorrente^[9], così equiparando la mera spuntatura della casella di un modulo

predefinito ad una «domanda cautelare» (quella «domanda cautelare» prescritta dall'art. 56 cit.).

Il tema specifico merita di essere collocato in un quadro più ampio.

In termini generali è risaputo che, perseguendo un approccio sostanzialistico e volto all'ampliamento delle forme di tutela, si è fatto spazio nella giurisprudenza amministrativa l'idea secondo la quale il compito del giudice è anche quello di procedere ad interpretare il gravame ed i motivi con esso proposti^[10] in base all'effettiva volontà del ricorrente, quale è desumibile dal tenore complessivo dell'impugnativa e dal contenuto delle censure ivi dedotte^[11], sicché il giudice può individuare dal contesto del ricorso il significato delle doglianze e la tipologia di domande formulate dalla parte^[12].

Tale potestà del giudice è stata espressamente ricondotta alla necessità di garantire la pienezza della tutela giurisdizionale^[13]: costituisce – si dice – una articolazione del principio di effettività la circostanza che il giudicante possa (e debba) procedere ad una interpretazione del *petitum* e della *causa petendi* facendo perno, non solo sulle argomentazioni chiaramente esplicitate nel testo dell'atto processuale, ma anche su quelle che emergono dall'intero contesto del gravame^[14].

Connesso con il potere di interpretazione della domanda è quello di conversione *ex art. 32 c.p.a.*^[15]: l'organo giurisdizionale potrà disporre la conversione dell'azione solo dopo aver proceduto ad una qualificazione della domanda^[16], basandosi sulle ragioni esposte dal ricorrente e sulle richieste da egli formulate, se del caso convertendola in quella che ritiene appropriata, ove ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma: ciò al fine di soddisfare immanenti esigenze di economia processuale e di dar seguito al principio di effettività della tutela giurisdizionale^[17].

E, però, la potestà di qualificazione offerta al giudice incontra un evidente limite recato dal necessario rispetto del principio dispositivo che, pur non espressamente richiamato tra i principi enunciati nel capo I del titolo I del libro I del Codice del processo amministrativo, dedicato ai «principi generali», trova un riconoscimento nell'art. 34, comma 1, c.p.a. dove si stabilisce l'obbligo del giudice di pronunciarsi «nei limiti della domanda» e, comunque, negli artt. 99 e 112 c.p.c., espressamente applicabili al processo amministrativo^[18] anche in ragione del rinvio esterno operato dall'art. 39 c.p.a.^[19]

Tale principio è evidentemente violato quante volte il giudice alteri *petitum* e *causa petendi* pronunciandosi in merito ad un bene diverso da quello richiesto, che non sia nemmeno implicitamente compreso nella domanda, o qualora ponga a fondamento della decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere^[20].

L'interpretazione e la qualificazione della azione è, dunque, consentita con una certa elasticità, ma con la preclusione di esaminare questioni non espressamente formulate dalle parti.

Ovviamente, è compito del giudice quello di interpretare la domanda (o le domande) proposte, tenendo presente il loro contenuto sostanziale quale desumibile dagli atti del giudizio e dalle allegazioni delle parti, ma sempre nel rispetto del divieto di *ultra o extra petita*.

3. Segue: l'individuazione *per relationem* delle domande formulate

Nello svolgere i compiti qualificatori e interpretativi delle azioni proposte dalle parti, il giudice dovrà attenersi agli atti prodotti in giudizio, non essendo possibile trarre dagli allegati indicazioni utili per la precisazione della domanda ma, al più, per la dimostrazione degli elementi fattuali che la sottendono.

Appare, quella appena illustrata, una esplicitazione della regola espressa dall'art. 40 c.p.a., comma 1, lett. f), secondo cui il ricorso deve contenere distintamente l'indicazione dei provvedimenti (evidentemente, anche cautelari) richiesti al giudice.

Analoga regola è contenuta, per il giudizio di appello, dall'art. 101 c.p.a.^[21].

Non sono, dunque, ammissibili censure svolte *per relationem*, né in primo grado^[22], né in seconde cure^[23], né, a maggior ragione, in sede di revocazione^[24].

È, quella appena esposta, una articolazione amministrativistica del principio di autosufficienza, impiegato (con interpretazione altrettanto pacifica, quanto discutibile) dalla Cassazione che lo ha dedotto dall'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c.^[25].

Un principio, questo, che viene ritenuto applicabile anche nel giudizio innanzi al g.a.^[26], seppur nella forma attenuata innanzi richiamata e, cioè, facente perno sull'onere della parte di specificare negli atti processuali le censure e le domande.

Tale onere è espressamente riaffermato anche con specifico riferimento agli atti con cui si chiedano misure interinali, come chiaramente evincibile vuoi dall'art. 55, comma 3, vuoi dall'art. 56, comma 1, c.p.a., che presuppongono che la domanda di misure cautelari debba essere contenuta in apposito atto notificato alle controparti.

Anche l'art. 61 (come detto inconferente nel caso di specie), con riferimento alla cautela *ante causam*, prescrive che sia presentata una domanda apposita nella quale vengano esplicitate le ragioni di eccezionale gravità ed urgenza che fondano la richiesta.

La mancata indicazione di tali ragioni nel testo del gravame con il quale la istanza è veicolata ha portato a ritenere *inammissibile* la richiesta di misure cautelari monocratiche^[27].

4. Alcune conclusioni

È giunto il momento di verificare in che modo l'insegnamento giurisprudenziale sul generale potere di qualificazione della domanda spettante al giudice amministrativo si rifletta nel caso di specie.

Non pare dubbio che da tale generale potere di qualificazione – dai suoi limiti quali forgiati in giurisprudenza – non si possono trarre elementi che giustifichino la soluzione assunta con il decreto annotato. Il quale, anzi, si pone in contrasto con quei medesimi limiti.

Non convince, in altri termini, la tesi volta a conferire alla semplice spunta di un modulo per il deposito degli atti nel processo telematico, il ruolo di strumento idoneo a manifestare la volontà delle parti processuali e di mezzo utile per chiarire quali siano le domande da essi proposte.

Vi ostano le regole ed i principi innanzi richiamati.

Lo impedisce altresì il dato testuale ricavabile dall'art. 56 c.p.a. il quale, come evidenziato, vuole che la richiesta di tutela cautelare urgente non sia rinvenibile in una attività materiale purchessia (la spunta di una casella di un modulo, per l'appunto), ma sia esteriorizzata in una vera e propria «domanda cautelare», espressione di una attività intellettuale declinata in un discorso giustificativo che manifesti univocamente così l'oggetto della richiesta, come i presupposti che *ex lege* debbono accompagnarla.

Insomma, per nessuna ragione è permesso omologare *quoad effectum* una mera attività materiale ad una «domanda cautelare» con quei requisiti di forma-contenuto.

Se i concetti tramandati da una lunga tradizione hanno ancora un senso (se le parole hanno un senso, verrebbe da aggiungere), altro è la spunta di una casella, altro il contenuto dichiarativo di una «domanda» giudiziale^[28] (quale che sia, senza dubbio anche «cautelare»).

Va da sé, poi, che non sempre l'opzione sostanzialistica è quella che garantisce maggiore tutela^[29], ed anzi in taluni casi si può ritorcere in danno della parte e presentare persino dei gravi rischi, quando dall'adozione del provvedimento derivino precise conseguenze, come accade in materia di appalti pubblici dove, al riscontro negativo della richiesta di cautela accidentalmente proposta, consegue il venir meno del periodo di *stand still*^[30].

La vocazione creativa della giurisprudenza ha certamente giovato alla evoluzione del diritto amministrativo^[31], anche di quello processuale. E tuttavia è auspicabile ponderatezza e senso del limite nel giudicare, e anche nel giudicare del senso e della portata delle norme processuali, tanto più quando esse siano di adamantina chiarezza.

[1] T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, decr. 31 dicembre 2020, n. 503.

[2] La prima parte dell'art. 56, comma 1, stabilisce, come noto, che «prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie».

[3] Tra l'altro, il comma 2 esige che il giudice adito verifichi, prima di provvedere con decreto motivato, «che la notificazione del ricorso si sia perfezionata nei confronti dei destinatari o almeno della parte pubblica e di uno dei controinteressati».

[4] Il comma 5 dispone che – se la parte si avvale della facoltà di cui al secondo periodo del comma 2 – «le misure cautelari perdono efficacia se il ricorso non viene notificato per via ordinaria entro cinque giorni dalla richiesta delle misure cautelari provvisorie».

[5] R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. 205/2000 al Codice del processo amministrativo*, Milano, 2011, 249. Circa l'influenza della giurisprudenza comunitaria sull'evoluzione della tutela *ante causam*, cfr. M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, 30.

[6] Sul punto v. M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1130 e spec. 1150, dove viene fatto notare che le limitazioni al principio del contraddittorio attentano alla realizzazione di un processo giusto anche in fase cautelare.

[7] A. PANZAROLA, *Il giudizio cautelare*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, vol. I, Torino, 2012, 813 e spec. 826.

[8] R. TISCINI, *Prevalenza della sostanza sulla forma e sue recenti applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 465.

[9] M.A. SANDULLI, *Giurisprudenza creativa e digitalizzazione: una pericolosa interazione che accresce i rischi di incertezza sulle regole processuali*, in *Federalismi*, n. 1, 2021.

[10] Cfr. V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 27 e spec. 30: «Sebbene il rispetto dei motivi di ricorso venisse considerato la massima espressione del principio dispositivo nel giudizio di impugnazione e di annullamento, il giudice non si è sentito mai troppo vincolato ad essi, non perché ritenesse addirittura di poter individuare motivi che non erano stati fatti valere dal ricorrente, quanto perché poteva, si perdoni l'espressione, "manipolarli", individuando motivi se non inespressi, espressi per implicito, in quanto contenuti in altri più ampi, o sviluppandone altri non adeguatamente sviluppati o esplicitati in termini solo embrionali».

[11] Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1992, n. 910; Id., sez. V, 9 ottobre 2003, n. 6070; Id., sez. IV, 10 dicembre 2003, n. 8117; Id., sez. V, 21 giugno 2007 n. 3474; Id., sez. V, 7 maggio 2013 n. 2464.

[12] Cons. Stato, sez. II, 30 novembre 2016, n. 2669/2016.

[13] Sul punto v. le osservazioni di M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso* (1975), ora in ID., *Scritti giuridici*, tomo II, Milano, 1996, 1113 e spec. 1115: «Sono convinto che l'impianto e il corso del processo amministrativo debbano essere guidati da tecniche più elastiche, tecniche che consentano la maggiore possibile aderenza del processo alle situazioni concrete, la cui realizzazione o protezione è il fine reale di esso».

[14] Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5662.

[15] F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 177.

[16] La conversione presuppone la necessaria qualificazione della azione intrapresa: G. CORSO, *Art. 32*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 326.

[17] Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4844; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 25 gennaio 2021, n. 982.

[18] M. NIGRO, *Domanda (principio della). Diritto processuale amministrativo* (1989), ora in ID., *Scritti giuridici*, tomo III, Milano, 1996, 2005.

[19] Cons. Stato, Ad. Plen, 13 aprile 2015, n. 4. In argomento v. A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286; M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1101; G. GALLONE, *Processo dispositivo e processo dirigitico*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, 747.

[20] Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016, n. 1419.

[21] Sull'attenzione dedicata dal c.p.a. ai requisiti formali degli atti processuali v., in generale, F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 129.

[22] T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 21 febbraio 2019, n. 305: «L'atto introduttivo, nonché gli eventuali motivi aggiunti, devono contenere l'esposizione dei motivi su cui il gravame si fonda, per cui sono inammissibili i motivi di impugnazione dedotti *per relationem*, e cioè mediante il semplice richiamo alle censure dedotte in altro e diverso atto».

[23] Cons. giust. amm., 1 luglio 2019, n. 609: «Il rinvio *per relationem* ai motivi di primo grado non ha alcuna valenza, atteso che l'atto di appello deve contenere in sé l'elencazione dei motivi di censura».

[24] Cons. Stato, sez. II, 24 settembre 2020, n. 5607.

[25] La letteratura sul punto è assai vasta. Si v., per tutti, F. SANTANGELI, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 607. È risaputo che, a seguito della adozione dei noti protocolli, il principio di autosufficienza dovrebbe essere interpretato nella sua versione c.d. «mite» (onerando il ricorrente del compito di indicare puntualmente atti e documenti richiamati nel ricorso). Si sa, però, che, a dispetto del protocollo, non mancano tuttora pronunzie della Suprema

Corte che intendono il principio di autosufficienza in «senso forte», ponendo a carico del ricorrente l'ulteriore onere di trascrizione, nel corpo del testo, del contenuto degli atti e documenti richiamati.

[26] Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4375; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 17 febbraio 2020, n. 386. Di diverso avviso Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2018, n. 4378: «Contrariamente a quanto afferma la parte ricorrente, il Codice del processo amministrativo più volte riprende il principio di sinteticità degli atti. In particolare al riguardo si ricorda che: - l'articolo 3, comma 2, del c.p.a. prevede il cardine fondamentale per cui «il giudice e le parti redigono gli atti in materia chiara e sintetica»; - l'articolo 74 consente in linea di principio, secondo i casi, «un sintetico riferimento al punto di fatto e di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme»; - l'art. 88, comma 1, che disciplina specificamente la motivazione della sentenza, tra l'altro, prevede alla lett. d) «la concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione, anche con rinvio a precedenti cui intende conformarsi». Dunque non si rinviene nell'ordinamento processuale amministrativo alcun «principio di autosufficienza»».

[27] Cons. Stato, sez. III, decr. 5 luglio 2013, n. 2536, dove si legge: «- che al momento del deposito del ricorso in appello, l'Ufficio Ricevimento Ricorsi del Consiglio di Stato, presumibilmente in conformità ad una segnalazione verbale del depositante, ha rubricato il ricorso stesso come contenente, fra l'altro, una istanza di «misure cautelari provvisorie», intendendosi per tali il decreto monocratico di cui agli artt. 56 e 98 c.p.a.; - che peraltro può apparire dubbio che la richiesta di decreto cautelare monocratico sia effettivamente contenuta nell'appello: ed invero, nelle conclusioni del ricorso si legge soltanto che la parte chiede «l'accoglimento dell'appello ... previa sospensione, anche con provvedimento anteudienza, dell'efficacia della sentenza», espressione di per sé equivoca, in quanto propriamente parlando anche l'ordinanza collegiale cautelare è pronunciata «anteudienza», ossia in camera di consiglio; inoltre manca ogni riferimento al carattere monocratico (e non collegiale) del provvedimento richiesto, laddove l'art. 56 c.p.a. vuole che il provvedimento cautelare urgente sia espressamente richiesto «al presidente... della sezione cui il ricorso è assegnato»; - che a maggior ragione appare dubbio che in concreto vi sia l'intenzione della parte di ottenere il provvedimento urgente di cui all'art. 56 c.p.a., dato che secondo la medesima norma sarebbe un elemento essenziale della relativa istanza la prospettazione delle specifiche ragioni di una urgenza «tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio», mentre nella fattispecie le supposte ragioni di urgenza non sono neppure accennate; - che tuttavia, volendo tutto concedere alla tutela giurisdizionale, anche cautelare, della parte, si può accedere ad interpretare il ricorso come rivolto appunto ad ottenere, fra l'altro, anche un decreto monocratico (presidenziale) cautelare; - che però anche in tale ipotesi la relativa istanza appare inammissibile, siccome sfornita di qualsivoglia motivazione riguardo alle esigenze cautelari, d'urgenza o meno».

[28] Sul punto si rinvia alla esemplare voce di C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, 44.

[29] R. TISCINI, *Prevalenza della sostanza sulla forma*, cit., 465.

[30] Come autorevolmente osservato da M.A. SANDULLI, *Giurisprudenza creativa e digitalizzazione*, cit.: «La *regula iuris* teoricamente affermata con il decreto in oggetto può essere estremamente pericolosa nel contenzioso in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici. È noto, infatti, che il rigetto della domanda cautelare – collegiale o monocratica – determina la cessazione dell'effetto sospensivo automatico prodotto dalla sua proposizione, il che rende, all'evidenza, inopportuna la formulazione di istanze monocratiche. *Quid iuris* se, per errore materiale, la segretaria «flagga» la relativa casella?»

[31] A. SANDULLI, *il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1363.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1868 – 20 luglio 2021

Gli incarichi legali della p.A. e le “mobili frontiere” dell’equo compenso.

di Piergiuseppe Otranto

Sommario: 1. Premessa. 2. Il quadro normativo di riferimento. 3. L’*equo compenso* dell’avvocato e la garanzia dell’efficacia della difesa dell’Amministrazione. 4. La pronuncia del Tar Lombardia n. 1071/2021. 5. P.A. ed equo compenso del professionista nella giurisprudenza amministrativa. 6. Discrezionalità amministrativa e motivazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e interesse dell’Amministrazione a una difesa efficace.

1. Premessa

Con ricorso notificato il 10 gennaio 2021 un operatore economico aveva impugnato il provvedimento adottato dal Comune di Cernusco sul Naviglio per l’affidamento di un servizio di valore superiore ai 2,2 milioni di euro. In vista della Camera di Consiglio fissata per la trattazione dell’istanza cautelare, il Comune l’11 febbraio 2021 – quindi dopo ben trenta giorni dalla notifica – interpellava a mezzo mail cinque professionisti affinché entro il giorno successivo (*sic!*) formulassero un preventivo dei costi per la difesa in giudizio dell’Ente nella fase cautelare e in quella di merito.

Nella propria comunicazione, peraltro, l’Amministrazione indicava in 2,2 milioni di euro il valore della causa, parametrandolo al valore dell’appalto contestato.

Acquisiti, quasi *ad horas*, i preventivi di taluni dei legali interpellati, l’Ente affidava l’incarico alla professionista che aveva offerto il minor prezzo.

Uno dei legali che avevano formulato l'offerta insorgeva innanzi al Tar Lombardia contro l'affidamento, deducendo l'illegittimità dei relativi atti sotto diversi profili, tutti riconducibili alla violazione della disciplina in materia di "equo compenso" [1].

Alla Camera di Consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il ricorso veniva deciso con la sentenza in forma semplificata n. 1071/2021 che si inserisce nel vivace dibattito sui criteri e sulla misura del compenso per le prestazioni rese dai professionisti in favore delle pubbliche Amministrazioni.

2. Il quadro normativo di riferimento

Occorre ricordare che, come è noto, per effetto del c.d. "decreto Bersani" (d.l. 4 luglio 2006, n. 223) sono stati eliminati i limiti tariffari inderogabili per le prestazioni professionali, in favore di un sistema liberalizzato[2] nel quale le parti possono negoziare il valore della prestazione d'opera intellettuale e pattuire un compenso omnicomprensivo.

Per quanto riguarda, in particolare, la professione forense, la legge professionale[3] (di seguito l.p.) ha sancito la regola della libera negoziazione del compenso[4], individuando il riferimento ai c.d. "parametri" (introdotti con d.m. n. 55/2015) per le ipotesi in cui il corrispettivo per le prestazioni professionali non sia stato determinato in forma scritta nonché "in ogni caso di mancata determinazione consensuale" (art. 13, comma 6, l. n. 247/2012).

Il quadro normativo è stato arricchito dall'art. 13 *bis* l.p., rubricato "equo compenso e clausole vessatorie", a mente del quale nei rapporti professionali regolati da convenzioni "unilateralmente predisposte" da soggetti *economicamente forti* – imprese bancarie e assicurative, nonché imprese di grandi dimensioni – ed aventi ad oggetto lo svolgimento di attività di assistenza, rappresentanza e difesa in giudizio, deve essere comunque garantito al legale un equo compenso[5].

In particolare, "ai fini del presente articolo si considera equo il compenso determinato nelle convenzioni di cui al comma 1 quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e *conforme ai parametri* previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6" (art. 13 *bis*, comma 2)[6].

Sono considerate vessatorie le clausole che determinano "anche in ragione della non equità del compenso pattuito, *un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato*" (comma 4), con la conseguente possibilità per il professionista di agire in giudizio per ottenere la declaratoria della relativa nullità (comma 8) e la determinazione giudiziale del compenso secondo i parametri individuati dal d.m. (comma 10).

Con l'art. 13 *bis* l. n. 247/2012 (introdotta dall'art. 19 *quaterdecies*, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148), il legislatore ha inteso apprestare direttamente nella legge professionale una tutela per l'avvocato che versa in una situazione di squilibrio contrattuale allorché si trovi ad accettare incarichi proposti da grandi imprese, banche o assicurazioni.

Nello stesso articolo 19 *quaterdecies* d.l. n. 148/2017, al comma 3, il legislatore, senza innovare l'impianto della legge professionale, ha affermato, tuttavia, un ulteriore principio in forza del quale “la pubblica Amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti.

La precisa volontà del legislatore del 2017 di disciplinare autonomamente i rapporti dell'avvocato con le imprese “forti” (art. 19 *quaterdecies*, comma 1) o con la p.A. (art. 19 *quaterdecies*, comma 3), induce a ritenere che le due fattispecie non siano sovrapponibili e assolvano a funzioni differenti.

La prima, come si è già sottolineato, risponde all'esigenza di protezione di un soggetto (l'avvocato) che, per quanto qualificato ed “informato”, si trova in posizione di debolezza negoziale sul mercato dei servizi legali richiesti da committenti che, per la numerosità e la continuità nel tempo degli incarichi, potrebbero imporre condizioni eccessivamente svantaggiose.

L'art. 19 *quaterdecies*, comma 3, invece, non disciplina direttamente e puntualmente i rapporti tra l'avvocato ed il cliente-p.A., ma impone all'Ente di garantire il rispetto di una regola (di *congruità* del compenso professionale) che assurge, addirittura, a “principio” direttamente correlato ai principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia dell'attività amministrativa.

3. L' “equo compenso” dell'avvocato e la garanzia dell'efficacia della difesa dell'Amministrazione.

Nei rapporti tra Amministrazione e difensore esterno, la quantificazione non irrisoria del corrispettivo è ritenuta strumentale al buon andamento che, allorquando l'Ente sia coinvolto in controversie legali, può essere assicurato dall'opera dell'avvocato.

Ritiene il legislatore che, solo attribuendo un compenso “equo”, l'Amministrazione possa assicurarsi, sul libero mercato dei servizi legali, le prestazioni dei professionisti più capaci e che, d'altro canto, questi ultimi, in virtù di un compenso ragionevole e sufficientemente remunerativo, possano essere incentivati anzitutto ad accettare l'incarico proposto dall'Ente e, di conseguenza, a profondere il massimo sforzo nell'esecuzione dello stesso.

Solo per tal via il venir meno del sistema tariffario non si risolve in un detrimento per l'Amministrazione. Questa, essendo *ex lege* tenuta a “garantire il principio dell'equo compenso”, potrà legittimamente orientare la scelta del professionista esterno anche verso difensori che – nonostante vantino, in ipotesi, una consistente clientela privata (evidentemente per la qualità dei propri servizi) –, potrebbero essere indotti ad accettare l'incarico pubblico in ragione di un compenso che non sia esiguo o, peggio ancora, meramente simbolico.

L'obbligo di garantire il principio dell'equo compenso mette così l'Amministrazione nelle condizioni di competere ad armi pari con altri soggetti per assicurarsi i servizi dei professionisti più capaci, con evidente vantaggio per l'interesse pubblico.

4. La pronuncia del Tar Lombardia n. 1071/2021.

La sentenza in esame, tuttavia, non distingue la disciplina dell'equo compenso nei rapporti tra professionista e "cliente forte" (art. 13 *bis* l.p.) dalla disciplina rivolta alle pubbliche Amministrazioni (art. 19 *quaterdecies*, comma 3, d.l. n. 148/2017). Anzi, nel sovrapporre la prima alla seconda, finisce per svilire il chiarissimo dettato normativo.

Il T.a.r. Lombardia riconosce, correttamente, che "l'applicazione della disciplina dell'equo compenso, in quanto eccezione al principio pro-concorrenziale della libera pattuizione del compenso spettante al professionista, di cui all'articolo 13, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, soggiace a precisi limiti soggettivi, ovvero l'appartenenza del cliente alle categorie delle imprese bancarie, assicurative o di grandi dimensioni", ma compie poi un salto logico – che mina il successivo ragionamento – allorché estende sotto il profilo soggettivo l'applicazione della norma anche alle pubbliche Amministrazioni.

L'erronea equiparazione della p.A. al "cliente forte" – operata nonostante la chiara distinzione delle due ipotesi nel d.l. n. 148/2017 – ispira le successive considerazioni del giudice amministrativo.

In particolare, il Collegio estende al caso portato alla sua attenzione considerazioni che potrebbero validamente fondare una decisione relativa alla quantificazione del compenso nei soli rapporti tra professionista e imprese bancarie, assicurative o di grandi dimensioni.

È senz'altro vero, infatti, che "la disciplina dell'equo compenso non trova (...) applicazione ove la clausola contrattuale relativa al compenso per la prestazione professionale sia oggetto di trattativa tra le parti"; e che "la tutela avanzata della debolezza del professionista, a fronte del potere di mercato del cliente forte, può essere reclamata anche ove il professionista sia posto in condizione di incidere sul contenuto della clausola relativa al compenso professionale, come si verifica nelle fattispecie riconducibili al principio generale di abuso di dipendenza economica, di cui all'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, ovvero, in coerenza con la previsione del «significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato», contenuta nell'articolo 13-*bis*, comma 2, di «un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»".

Non è altrettanto vero, tuttavia, che la medesima situazione (escludente l'applicabilità del principio dell'equo compenso) si verifica "nelle fattispecie di formazione della volontà dell'Amministrazione secondo i principi dell'evidenza pubblica, ove l'Amministrazione non imponga al professionista il compenso per la prestazione dei servizi legali da affidare".

In altri termini: se la disposizione prevede semplicemente ed in via generale che la p.A. "garantisce il principio dell'equo compenso", non può propugnarsi un'interpretazione che finisce per circoscriverne l'applicabilità ai soli casi in cui l'Amministrazione abbia predeterminato il compenso imponendolo al professionista.

La disposizione, infatti, come si è già osservato, è volta a tutelare l'interesse pubblico ad una difesa efficace della p.A. (quale portato del richiamato principio di buon andamento), non di certo a tutelare l'avvocato quale contraente debole.

L'interpretazione in forza della quale allorquando sia il professionista a quantificare il proprio compenso, non sussisterebbe il potere-dovere dell'Amministrazione di garantire che lo stesso sia "equo", stride con la lettera e con lo spirito della norma e finisce per avallare condotte potenzialmente lesive di quell'interesse pubblico che il legislatore ha voluto tutelare.

In relazione a questo profilo la sentenza in commento muove da una premessa non condivisibile, allorquando afferma che "la disciplina dell'equo compenso è rivolta a tutelare la posizione del professionista debole e non l'indipendenza, la dignità e il decoro della categoria professionale, la quale si realizza attraverso il rispetto dei precetti contenuti nel codice deontologico, che impongono al professionista di non offrire la propria prestazione in cambio di compensi lesivi della dignità e del decoro professionale, nel rispetto dei principi della corretta e leale concorrenza (articolo 9, comma 1, del Codice deontologico forense) e dei doveri di lealtà e correttezza verso i colleghi e le istituzioni forensi (articolo 19 del codice deontologico forense)".

In realtà, la disciplina dell'equo compenso nei rapporti tra Amministrazioni e avvocato non è volta a tutelare né il contraente debole, né l'indipendenza, la dignità e il decoro della categoria professionale. Essa, piuttosto – come dianzi rilevato – è ispirata dall'interesse acché (anche) riconoscendo un compenso non vile al proprio difensore, la p.A. sia messa nelle condizioni migliori, in riferimento al mercato dei servizi legali, per accedere ad una difesa efficace e possa, per tal via, tutelare al meglio l'interesse pubblico.

Il Tar Lombardia, dunque, sembra non mettere a fuoco gli esatti termini della questione allorquando afferma che, nel caso di specie, il compenso previsto tra Comune e avvocato designato non è "idoneo né a determinare un significativo squilibrio contrattuale a carico [del legale] né ad esporre il Comune al rischio di un successivo intervento correttivo del giudice civile".

L'accertamento dello squilibrio contrattuale e l'intervento correttivo del giudice sono previsti, infatti solo nei rapporti tra avvocato e "cliente forte" (art. 13 *bis*, comma 10, l.p.), mentre nel caso di specie il giudice amministrativo avrebbe dovuto accertare soltanto se il compenso pattuito tra le parti potesse considerarsi equo, e dunque, se l'Amministrazione avesse rispettato il principio introdotto dall'art. 19 *quaterdecies*, comma 3, d.l. n. 148/2017.

Il ricorrente, nel dedurre la violazione di legge in riferimento a tale disposizione nonché all'art. 13 *bis* l.p., aveva paventato la possibilità che l'affidamento dell'incarico per compensi irrisori rispetto all'attività da svolgere esponesse il Comune al rischio di attività difensive non adeguate.

Ma, secondo il Tar lombardo, non esiste il rischio che il professionista, in ragione del compenso "non equo", possa approfondire nella trattazione dell'affare un impegno non adeguato. Ciò in quanto l'art. 1176, comma 2, c.c. impone che nelle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza, che il debitore è sempre tenuto a garantire, debba esser valutata con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

Anche in questo caso l'argomento non può essere condiviso.

Come è noto, le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale sono considerate "di mezzi" e non "di risultato", in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo^[7].

Tale principio, tuttavia, attiene alle modalità di esecuzione del contratto, non già alle regole che presiedono alla scelta del professionista da parte dell'Amministrazione e al conseguente instaurarsi del rapporto tra questa e il difensore designato.

In altri termini: se il legislatore ha inteso vincolare l'Amministrazione all'osservanza del principio dell'equo compenso, non si può concordare con il Tar allorché afferma che il semplice obbligo di diligenza *ex art.* 1176 c.c. "elimina *in radice* i dubbi che la qualità della prestazione professionale possa essere condizionata dall'entità del compenso offerto".

Tale interpretazione finisce per affidare al solo (e generale) obbligo di diligenza quella particolare cura per l'interesse pubblico che il legislatore ha voluto prevedere con la più volte richiamata norma di cui al art. 19 *quaterdecies*, comma 3, d.l. 148/2017.

La tesi sostenuta dal Tar, dunque, appare non esente da rilievi non solo (o non tanto) perché rappresenta un *vulnus* per gli interessi della categoria forense^[8], ma in quanto si pone in contrasto con una scelta ordinamentale ispirata a ragioni di massima garanzia di un'efficace difesa delle pubbliche Amministrazioni, rispetto alla quale l'osservanza del principio dell'equo compenso appare servente.

Il Tar Lombardo si richiama espressamente ad un orientamento giurisprudenziale che affermerebbe "la compatibilità con la disciplina dell'equo compenso persino delle procedure di affidamento di incarichi professionali gratuiti".

Il primo precedente richiamato è la nota sentenza con la quale il Tar Lazio nel 2019 aveva ritenuto legittimi gli atti di affidamento a titolo gratuito di incarichi di consulenza in favore del Ministero dell'Economia e delle Finanze^[9]. In quel caso, tuttavia, il giudice amministrativo aveva rigettato il ricorso, osservando che la disciplina sull'equo compenso non impedirebbe al professionista di rendere gratuitamente la propria prestazione, ben potendosi immaginare che questi possa "trarre vantaggi di natura diversa, in termini di arricchimento professionale" e curricularlo. Nell'argomentare del Tar Lazio, però, merita di esser richiamato il passaggio in cui si afferma che la disciplina dell'equo compenso deve "intendersi nel senso che, *laddove il compenso in denaro sia stabilito, esso non possa che essere equo*". Dunque, per il giudice romano, l'incarico può anche essere gratuito, ma se è conferito a titolo oneroso, il relativo compenso deve essere equo.

Il Tar milanese richiama, poi, una sentenza che non solo ha dichiarato l'illegittimità di un appalto pubblico di servizi di architettura e ingegneria a titolo gratuito, ma ha rimarcato – ancorché a livello di mero *obiter dictum* – la diretta riconducibilità dell'equo compenso ai principi enunciati dagli art. 35 e 36 Cost.^[10].

La tesi sostenuta dal Tar Lombardia nella sentenza breve che si commenta, sembra, così, essere smentita da un'interpretazione letterale e teleologica della legge, ma anche da quella giurisprudenza richiamata dallo stesso Collegio a fondamento della propria decisione.

5. P.A. ed equo compenso del professionista nella giurisprudenza amministrativa.

Nella giurisprudenza amministrativa, d'altro canto, sembra non agevole la ricostruzione di un orientamento univoco.

Il Consiglio di Stato, ad esempio, ha ritenuto legittimi gli atti con i quali era stato affidato (al valore simbolico di un euro) un appalto pubblico di servizi relativi alla redazione di uno strumento urbanistico, osservando che sussisterebbe addirittura una “preferenza”, nell’ordinamento dei contratti pubblici, per un’accezione ampia e particolare dei “contratti a titolo oneroso” e in forza della quale sarebbero ammissibili procedure che prevedano offerte gratuite allorché dall’aggiudicazione il contraente possa trarre (ad esempio sotto il profilo reputazionale e curricolare) “un’utilità economica lecita e autonoma, quand’anche non corrispostagli come scambio contrattuale dall’Amministrazione appaltante” [11].

In un altro caso sono stati annullati gli atti di una gara per l’affidamento del servizio di assistenza giuridico-legale di un Comune, osservando come l’indeterminatezza dei servizi richiesti al professionista assumesse rilievo sia in relazione all’esiguità del compenso indicato quale base di gara, sia con riguardo alla stessa legittimità dalla procedura comparativa avviata[12].

Del pari, sempre richiamando il principio dell’equo compenso, è stata sospesa, in sede cautelare, l’efficacia di un avviso pubblico con il quale un Comune aveva preannunciato la costituzione di un elenco di professionisti esterni cui affidare incarichi di difesa dell’Ente, prevedendo un compenso “pari allo zero” per le controversie di valore inferiore a € 500[13].

Ancor di recente, il Tar Marche ha annullato gli atti relativi alla selezione pubblica per l’incarico di “sindaco unico” di una società partecipata a fronte del quale era stato offerto un compenso forfetario e fisso notevolmente inferiore a quello equo dovuto secondo i vigenti parametri[14]. In quel caso il Collegio ha richiamato gli artt. 35 e 36 della Costituzione e, pur ricordando l’applicabilità del principio dell’equo compenso alla p.A., ha preferito equiparare la pubblica Amministrazione ad un “contraente forte” piuttosto che valorizzare il ruolo autonomo che il principio riveste nei rapporti tra professionista ed Ente pubblico[15].

6. Discrezionalità amministrativa e motivazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e interesse dell’Amministrazione a una difesa efficace.

Dall’analisi svolta sembra trarsi conferma che il principio dell’equo compenso nei rapporti professionali tra avvocato e Amministrazione risponde al più volte ricordato interesse pubblico ad una difesa efficace, realizzato anche attraverso la possibilità per l’Ente di assicurarsi (pattando un corrispettivo non irrisorio) le prestazioni di avvocati più richiesti sul libero mercato dei servizi legali.

Ciò, tuttavia, non deve indurre a ritenere che sussista un obbligo per le Amministrazioni di attenersi in maniera rigida e inderogabile ai parametri di cui al d.m. 55/2014.

Se così fosse, infatti, si finirebbe per reintrodurre surrettiziamente quel regime tariffario che l'ordinamento – con una chiarissima scelta, frutto anche delle spinte del diritto dell'Unione – ha inteso superare sin dal 2006^[16].

D'altro canto, non può ignorarsi che l'ordinamento, sebbene ad altro proposito, “considera equo il compenso determinato nelle convenzioni (...) quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri” (art. 13 *bis*, comma 2, l.p.).

Ed allora, il punto di equilibrio del sistema – nella dialettica tra l'interesse pro-concorrenziale sotteso all'abolizione delle tariffe professionali^[17] e l'interesse pubblico a una difesa efficace dell'Ente – può essere individuato nel legittimo esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione. Questa, infatti, pur essendo tenuta a rispettare il principio dell'equo compenso, dispone di un margine di scelta nel valutare se, secondo le peculiarità del singolo caso, il corrispettivo negoziato con il professionista (o da questi offerto in una procedura comparativa) risulti equo.

Anzitutto, ed anche in ossequio al principio generale delineato dall'art. 36 Cost., l'equità dovrà esser parametrata alla quantità e qualità del lavoro svolto. Mentre la valutazione sulla “qualità” (di una prestazione professionale non ancora resa) non può esser effettuata compiutamente al momento dell'affidamento dell'incarico, quella relativa al profilo quantitativo ben può essere eseguita *ex ante*. Pertanto, nella propria valutazione l'Ente dovrà accertare che per ciascuna fase del giudizio sia riconosciuto al difensore un compenso, dovendo escludere (nel caso di procedure comparative tra più offerte), la proposta che preveda un compenso pari a zero per taluna delle fasi^[18].

D'altro canto, lo stesso d.m. n. 55/2014, delinea un sistema nel quale sono significativi i margini di discrezionalità nella determinazione del corrispettivo. Basterà ricordare, infatti, che “ai fini della liquidazione del compenso si tiene conto delle caratteristiche, dell'urgenza e del pregio dell'attività prestata, dell'importanza, della natura, della difficoltà e del valore dell'affare, delle condizioni soggettive del cliente, dei risultati conseguiti, del numero e della complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate”; e che, in ordine alla difficoltà dell'affare, assumono rilievo taluni elementi valutativi, tra i quali, ad esempio, la sussistenza di contrasti giurisprudenziali (art. 4, comma 1). Nella liquidazione giudiziale, inoltre, il giudice tiene conto dei valori medi di cui alle tabelle che possono essere “di regola” aumentati fino all'80 per cento, o diminuiti “in ogni caso non oltre il 50 per cento”. Deve rimarcarsi, peraltro, che per effetto delle modifiche introdotte con il d.m. n. 37/2018, la discrezionalità del giudice nel ridurre il compenso rispetto ai parametri è stata notevolmente ridimensionata, se è vero che, ad esempio, la riduzione (che prima era ammessa “di regola” fino al 50 per cento) nell'attuale formulazione può essere disposta “in ogni caso non oltre il 50 per cento”^[19].

Anche nella determinazione del valore della controversia sussiste un certo margine di apprezzamento. In proposito, si deve avere riguardo non in maniera rigida ed automatica all'entità della domanda, ma al valore effettivo della controversia, anche in relazione agli interessi perseguiti dalle parti, quando il valore risulta manifestamente diverso da quello presunto a norma del codice di procedura civile o della legislazione speciale (art. 5, commi 1 e 2). Sotto altro profilo, le controversie di valore “indeterminabile” si ritengono “di regola” di valore non inferiore a euro 26 mila e non superiore a euro 260 mila, pur sussistendo la possibilità di considerarle nello scaglione fino a 520 mila euro.

Può, quindi, ritenersi che, fermo restando il limite di carattere quantitativo (legato alla necessità di valorizzare tutte le fasi della controversia), l'Amministrazione abbia l'obbligo di motivare – in ossequio al generale principio di trasparenza, espressamente richiamato anche dall'art. 19 *quaterdecies*, comma 3, d.l. n. 148/2017 – in ordine alla “equità” del compenso stabilito.

Nella motivazione l'Ente dovrà rendere espliciti i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che conducono all'individuazione di un determinato valore della controversia e a ritenere equo il compenso in concreto riconosciuto. La motivazione dovrà esser tanto più approfondita allorché l'Ente si discosti dai parametri ministeriali “medi” e dalle relative soglie numeriche di riferimento che, sebbene non siano vincolanti né inderogabili, “costituiscono criteri di orientamento e individuano la misura economica standard del valore della prestazione professionale”^[20].

Anche in questo caso la motivazione assolve ad un'essenziale funzione di garanzia non solo per i destinatari del provvedimento, ma, a livello sistemico, per l'interesse pubblico che deve essere incessantemente curato dall'Amministrazione attraverso decisioni che siano (ed appaiano) legittime e proporzionate^[21].

Non è il decoro della professione forense a venire direttamente in rilievo sebbene, sia detto in questa sede solo per inciso, l'avvocatura – in quanto garante di un diritto fondamentale quale la difesa in giudizio e per il ruolo essenziale che assume “nel dinamismo della funzione giurisdizionale”^[22] – meriterebbe talvolta maggiore considerazione da parte del legislatore^[23], ma soprattutto dell'Amministrazione e della magistratura.

L'interesse da preservare, piuttosto, attiene all'essenzialità del ruolo della difesa tecnica e qualificata anche in favore delle Amministrazioni, per evitare che le sempre vive ragioni di contenimento della spesa pubblica conducano a scelte auto-lesioniste che – valorizzando *tout court* il prezzo più basso ove non, addirittura, la gratuità dell'incarico – collocherebbero le Amministrazioni al di fuori del novero dei clienti “desiderabili” per i professionisti più richiesti sul mercato dei servizi legali.

La logica pro-concorrenziale – che ha condotto all'abolizione delle tariffe – deve esser tenuta ben presente anche nella riflessione sul tema che ci occupa: se è vero che il mercato deve potersi auto-regolare sicché debbono essere liberalizzati i corrispettivi dovuti per l'attività professionale, su quello stesso mercato l'Amministrazione deve avere il potere-dovere di competere ad armi pari con altri potenziali fruitori di servizi legali.

Solo in questo modo i soggetti pubblici potranno assicurarsi le prestazioni di difensori che – senza esser necessariamente interessati al (presunto) prestigio e all'arricchimento curriculare che potrebbe astrattamente derivare dalla difesa di un Ente in una determinata controversia – ambiscono, del tutto legittimamente, a trarre un'adeguata remunerazione dalla propria prestazione d'opera intellettuale.

Attraverso una puntuale osservanza del nuovo “principio dell'equo compenso” – la cui valenza generale merita di essere, in sintesi, rimarcata – potrà garantirsi che le esigenze di riequilibrio finanziario si armonizzino con altri principi fondamentali dell'azione amministrativa^[24].

[1] Si tratta dell'avv. Maurizio Zoppolato del Foro di Milano che ringrazio per il fecondo scambio di opinioni intercorso sul tema che ci occupa.

[2] L'abolizione del sistema tariffario costituisce il portato dell'applicazione, anche al settore delle prestazioni d'opera intellettuale, dei principi pro-concorrenziali di matrice europea. In proposito, con sentenza 18 luglio 2013, in causa C-136/12, la Corte di giustizia ha affermato che le regole deontologiche relative ad una determinata professione che indicano come criteri di commisurazione delle parcelle del professionista "oltre alla qualità e all'importanza della prestazione del servizio, la dignità della professione, costituiscono una decisione di un'associazione di imprese ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, che può avere effetti restrittivi della concorrenza nel mercato interno". Sul punto, cfr. anche Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238.

[3] Legge 31 dicembre 2012, n. 247, "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense".

[4] Ai sensi dell'art. 13, comma 3, l. n. 247/2012 "La pattuizione dei compensi è libera: è ammessa la pattuizione a tempo, in misura forfetaria, per convenzione avente ad oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovare, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione".

[5] G. Alpa, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, in AA.VV., *La disciplina dell'equo compenso*, in *consigliataforense.it*, 2018, 5 ss.; E. Minervini, *L'equo compenso degli avvocati e degli altri liberi professionisti*, Torino, 2018; S. Monticelli, *L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione remediale nell'abuso dell'esercizio dell'autonomia privata*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 299 ss.; M. Filippelli, *Equo compenso per l'avvocato* (voce), in *Treccani.it*, 2019.

[6] Nella originaria formulazione, introdotta dal ricordato art. 19 *quaterdecies*, comma 1, del d.l. n. 148/2017, il compenso era considerato equo "quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, tenuto conto dei parametri". L'art. 1, comma 487, lett. a) della l. 27 dicembre 2017, n. 205 ha modificato la disposizione, sicché attualmente si considera equo il compenso non solo "proporzionato (...)" ma anche "conforme ai parametri". Secondo G. Colavitti, *Equo compenso, nuovi parametri e tutela costituzionale del lavoro degli avvocati*, in AA.VV., *La disciplina dell'equo compenso*, cit., 29: "Con la formulazione originaria, del livello dei parametri il giudice doveva 'solo' tenere conto, ai fini della valutazione circa l'iniquità del compenso, ora, ben più rigorosamente, è equo il compenso conforme ai parametri, e quindi è iniquo quello non conforme".

[7] Cass. civ., sez. III, 5 agosto 2013, n. 18612.

[8] Secondo E. Novi, *Demolito l'equo compenso: per il Tar l'avvocato deve lavorare bene a basso costo*, in *ildubbio.it* (1 maggio 2021), la sentenza in esame "legittima e autorizza, in rapida successione: l'automortificazione professionale, lo schiavismo piramidale degli studi costretti a sottopagare i giovani collaboratori, la ricerca di incarichi non in nome della sostenibilità ma in ossequio all'urgenza di restare comunque su piazza e di non screditarsi agli occhi di altri *committenti forti*".

[9] Tar Lazio – Roma, sez. II, sentenza 30 settembre 2019, n. 11411. Per alcune notazioni critiche, cfr. A. Rota, *Lavoro gratuito per la p.A.: "un'opportunità per arricchire il curriculum"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 145 ss. Sul lavoro gratuito nelle pubbliche Amministrazioni, cfr. M. Barbieri, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Bari, 2018, spec. 117 ss.

[10] Tar Calabria – Catanzaro, sez. I, 2 agosto 2018, n. 1507, secondo cui la disciplina sull'equo compenso, ancorché non applicabile alla vicenda dedotta in quel giudizio, lascia "emergere come nell'ordinamento vi sia un principio volto ad assicurare non solo al lavoratore dipendente, ma anche al lavoratore autonomo una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro. Non a caso, l'art. 35 Cost. tutela il lavoro 'in tutte le sue forme e applicazioni', mentre il successivo art. 36, nell'occuparsi del diritto alla retribuzione, non discrimina tra le varie forme di lavoro. Ebbene, la configurabilità di un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito si pone in disarmonia rispetto a tale affresco, tenuto conto che non ogni servizio prestato reca con sé vantaggi curriculari e di immagine tali da garantire, sia pure indirettamente, vantaggi economici tali da soddisfare il diritto a un equo compenso". È il caso, tuttavia, di ricordare che la giurisprudenza ha sovente affermato l'inapplicabilità della garanzia dell'art. 36 Cost. ai lavoratori autonomi (Cass. civ., sez. II, 6 novembre 2015, n. 22701; Cass. civ., sez. lav., 25 gennaio 2017, n. 1900). In senso contrario, cfr. G. Colavitti, *Equo compenso*, cit., 31, per il quale "l'articolo 35 esprime l'obbligo della Repubblica di tutelare ogni forma di lavoro, in qualunque ambito essa si svolga, ed in qualunque modo si presenti. È pertanto difficile accogliere la tesi di chi ha ridottola sfera di applicazione dell'articolo 35 al solo lavoro salariato. Deve invece ritenersi che l'articolo si riferisca a tutte le forme di lavoro, sia esso autonomo, dipendente,

professionale”. Dello stesso A., cfr. anche *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Torino, 2012; Id., “*Fondata sui lavoratori*”. *Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 1/2018 1 ss. Tra gli autori che, in passato, hanno ritenuto applicabile anche al lavoro autonomo il principio di cui all’art. 36 Cost., cfr. C. Lega, *Principi costituzionali in tema di compenso del lavoro autonomo*, in *Giur. it.*, 1960, I, 343 ss.; G. Giacobbe, *Professioni intellettuali* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 1078 ss.

[11] Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, con nota di C.M. Chiarelli, *Appalti pubblici di servizi a titolo gratuito: nota a Consiglio di Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614*, in *Federalismi.it*, n. 18/2018, 1 ss. I giudici di Palazzo Spada nell’occasione hanno precisato che “l’effetto, indiretto, di potenziale promozione esterna dell’appaltatore, come conseguenza della comunicazione al pubblico dell’esecuzione della prestazione professionale, appare costituire, nella struttura e nella funzione concreta del contratto pubblico, di cui qui si verte, una controprestazione contrattuale anche se a risultato aleatorio, in quanto l’eventuale mancato ritorno (positivo) di immagine (che è naturalmente collegato alla qualità dell’esecuzione della prestazione) non può dare luogo ad effetti risolutivi o risarcitori”.

[12] Tar Sicilia – Palermo, sez. III, 6 febbraio 2017, n. 334 ove si ricorda – richiamando Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238 – che “il principio secondo cui in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all’importanza dell’opera e al decoro della professione è già insito nell’ordinamento ed è previsto nell’art. 2233, cod. civ., che espressamente si occupa del contratto d’opera intellettuale, precisando che tale norma, contenuta nel codice civile, si indirizza, infatti, al singolo professionista, disciplinando i suoi rapporti con il cliente nell’ambito del singolo rapporto contrattuale”.

[13] Tar Campania – Napoli, sez. I, ord. 25 ottobre 2018, n. 1541.

[14] Tar – Marche, sez. I, 9 dicembre 2019, n. 761.

[15] Tar – Marche, sez. I, 9 dicembre 2019, n. 761: “quando il cliente è un contraente forte - ovvero, come nella specie, la pubblica amministrazione - la pattuizione del compenso professionale incontra il limite del rispetto del principio dell’equo compenso (inteso, si ribadisce, come proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione), che va armonizzato con le esigenze di riequilibrio finanziario e non recedere rispetto ad esse (TAR Campania Napoli, sez. I, ordinanza n. 1541 del 25 ottobre 2018)”.

[16] È opportuno ricordare che in data 22 novembre 2017 l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell’esercizio dei poteri di cui all’art. 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, ha deliberato l’invio di una segnalazione (AS 1452) ai presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri, avente ad oggetto alcune disposizioni previste nel d.l. n. 148/2017 e nel disegno di legge di conversione dello stesso. In particolare, l’Autorità ha rilevato che: “Il descritto intervento normativo, ove attuato nei termini proposti, determinerebbe (...) un’ingiustificata inversione di tendenza rispetto all’importante ed impegnativo processo di liberalizzazione delle professioni, in atto da oltre un decennio e a favore del quale l’Autorità si è costantemente pronunciata. Si tratta, infatti, di misure che, al di là delle motivazioni che le vorrebbero giustificare, ripropongono appieno gli stessi problemi concorrenziali che l’Autorità ha avuto in più occasioni modo di segnalare in tema di tariffe minime (...) In conclusione, l’articolo 19 *quaterdecies* del ddl in esame, in quanto idoneo a reintrodurre nell’ordinamento un sistema di tariffe minime, peraltro esteso all’intero settore dei servizi professionali, non risponde ai principi di proporzionalità concorrenziale, oltre a porsi in stridente controtendenza con i processi di liberalizzazione che, negli anni più recenti, hanno interessato il nostro ordinamento anche nel settore delle professioni regolamentate”.

[17] Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2013, in causa C-136/12, nonché Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238.

[18] Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. VI, ord. 26 maggio 2021, n. 14483, ove si afferma: “In tema di liquidazione delle spese processuali successiva al d.m. n. 55 del 2014 (...) il giudice deve solo quantificare il compenso tra il minimo ed il massimo delle tariffe, a loro volta derogabili con apposita motivazione (Cass. n. 2386 del 2017; Cass. n. 26608 del 2017; Cass. n. 29606 del 2017; Cass. n. 89 del 2021). In particolare, non sussistendo più il vincolo legale della inderogabilità dei minimi tariffari, i parametri di determinazione del compenso per la prestazione defensionale in giudizio e le soglie numeriche di riferimento costituiscono criteri di orientamento e individuano la misura economica standard del valore della prestazione professionale, per cui il giudice è tenuto a specificare i criteri di liquidazione del compenso solo in caso di scostamento apprezzabile dai parametri medi (Cass. n. 30286 del 2017; Cass. n. 6296 del 2019; Cass. n. 20183 del 2018; Cass. n. 10343 del 2020). Resta, tuttavia, ferma la necessità che il giudice proceda alla liquidazione di tutte le prestazioni che, in base alle fasi indicate nel citato d.m. n. 55, art. 4, e secondo gli scaglioni esposti nelle tabelle allegate al medesimo d.m. n. 55, l’avvocato abbia effettivamente reso nel giudizio, dandone specificamente conto in motivazione”.

[19] Di analogo tenore è la modifica che ha condotto alla *novella* dell’art. 4, comma 1, quarto periodo e art. 4, comma 4 del d.m. n. 55/2014.

[20] Cass. civ., sez. VI, ord. 26 maggio 2021, n. 14483.

[21] Una diversa funzione, evidentemente, è assolta dalla motivazione della decisione giudiziale sull'entità del compenso. Secondo Cass. civ., sez. VI, 10 dicembre 2020, n. 28113, infatti, "solo in caso di scostamento apprezzabile dai valori medi della tabella allegata al d.m. n. 55 del 2014 il giudice è tenuto ad indicare i parametri che hanno guidato la liquidazione del compenso; scostamento che può anche superare i valori massimi o minimi determinati in forza delle percentuali di aumento o diminuzione, ma in quest'ultimo caso fermo restando il limite di cui all'art. 2233 c.c., comma 2, che preclude di liquidare, al netto degli esborsi, somme praticamente simboliche, non consone al decoro della professione (in tale prospettiva, cfr. Cass. n. 25804/2015, Cass. n. 24492/2016 e Cass. n. 20790/2017)".

[22] Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46.

[23] Si deve concordare con G. Colavitti, *Equo compenso*, cit., 26 secondo il quale storicamente "la disattenzione per il comparto del lavoro professionale è andata di pari passo con una vasta produzione normativa di tutela del lavoro subordinato da un lato, e, dall'altro lato, con una altrettanto ampia azione di sostegno ed incentivazione del mondo delle imprese, lasciando i professionisti italiani in una condizione di ontologica minorità, senza le tutele del lavoro dipendente, e senza le misure promozionali del comparto delle imprese".

Nella legislatura in corso sono state presentate numerose proposte di legge volte ad ampliare la portata applicativa della vigente disciplina in materia di equo compenso. In particolare, sono in corso d'esame, in sede referente, presso la II Commissione, Giustizia, della Camera dei Deputati, i disegni di legge nn. C. 301 (on. Meloni), C. 1979 (on. Mandelli e altri), C. 2192 (on. Morrone e altri), C. 3058 (on. Di Sarno e altri), C. 2741 (on. Bitonci e altri). Per una prima analisi si rinvia al [dossier](#) predisposto dal Dipartimento Giustizia del Servizio studi parlamentare che reca le schede di lettura relative agli atti 301, 1979, 2192.

Con particolare riguardo al compenso dovuto dai soggetti pubblici, l'art. 3 della proposta di legge C. 2192, da una parte, estende la garanzia dell'equo compenso anche alle prestazioni rese in favore degli agenti della riscossione, dall'altra, tuttavia, prevede che, in relazione a quelle prestazioni, i compensi siano dimezzati.

[24] Tar Campania, Napoli, sez. I, ord. 25 ottobre 2018, n. 1541.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1655 – 6 aprile 2021

La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)

di Riccardo Pappalardo

Sommario: Premessa. Parte prima 1. Il dialogo come collegamento cosmonautico tra diritto interno e diritto europeo - 2. L'ordinanza Cons. St., Sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2327 - 3. I quesiti sottoposti alla Corte di Giustizia e la rilevanza delle questioni; Parte seconda - 4. C'è un giudice a Lussemburgo: il ruolo della Corte di Giustizia dell'UE - 5. Il rinvio pregiudiziale alla CGUE come strumento di verifica dei rapporti tra le giurisdizioni interne; 6. Il principio di autonomia procedurale e i suoi limiti - 7. I motivi inerenti alla giurisdizione al centro del dibattito - 8. Il ruolo riformatore del giudice nel dialogo con la Corte costituzionale e con la Corte europea - 9. L'ordinanza Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598 - Parte terza - 10. Il compito della Corte di Giustizia: giudice d'interpretazione o d'impugnazione? - 11. Conclusioni (che auspicano una conclusione).

PREMESSA

L'ordinanza Cons. St., 18 marzo 2021, n. 2327 si inserisce, aggiungendovi un importante tassello, nel dibattito sui rapporti tra giudice nazionale e giudice europeo e sui rimedi esperibili contro le sentenze del giudice amministrativo di ultima istanza in contrasto con le decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: dibattito di cui questa *Rivista* ha dato ampiamente conto, pubblicando diversi contributi sulla nota ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (su cui v. *infra*).

PARTE PRIMA

1. IL DIALOGO COME COLLEGAMENTO COSMONAUTICO TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO EUROPEO

Nel suo *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo*^[1] Galileo Galilei opera una decisa confutazione del sistema geocentrico di stampo aristotelico-tolemaico per abbracciare una visione del cosmo di tipo copernicano. Per spiegare le sue teorie, tanto complesse quanto rivoluzionarie, e persuadere il lettore di questo nuovo modo di leggere la realtà, lo avverte di aver scelto il dialogo come forma di elaborazione e trasmissione del sapere.

Come suggerisce la sua etimologia^[2], del resto, la forma dialogica, attraverso una serrata e continua interlocuzione, consente di scandagliare le varie posizioni, spesso contrapposte, per giungere auspicabilmente a un punto di sintesi finale.^[3]

Il nostro ordinamento giuridico nell'ultimo ventennio ha assistito ad una vera e propria rivoluzione e il Sole attorno a cui ruotano gli altri pianeti (o, fuor di metafora, gli Stati membri) è con tutta evidenza l'ordinamento europeo.

Sarebbe infatti un'imperdonabile ingenuità ritenere che nell'epoca in cui viviamo la dimensione del giuridico si esaurisca all'interno dei confini nazionali e che non si stia assistendo, in un fertile spazio d'incontro, ad una rapidissima costruzione di un autentico diritto comune.^[4]

Non è questa la sede per esaminare i significativi mutamenti che l'ordinamento dell'Unione Europea ha provocato e tuttora provoca nei singoli ordinamenti nazionali, ma quel che è certo è che tale sistema, giorno dopo giorno, si completa ed arricchisce per mezzo della faticosa interlocuzione tra giudici: nazionali ed europeo.

Oggi il dialogo giuridico è necessariamente *tra* i due massimi sistemi, ossia ordinamento interno ed europeo, ed è sicuramente agevolato da quello tra Corti europee e nazionali, all'insegna di una sempre maggiore cooperazione.^[5] Ciò ha reso più frequenti le loro occasioni di confronto e ha portato proprio le magistrature superiori nazionali a ricorrere sempre più spesso alla CGUE^[6], tanto da avventurarsi in una vera e propria "corsa al dialogo", in parte dovuta all'obbligo per i giudici di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale (v. art. 267, par. 3, TFUE, salvo alcune specifiche eventualità^[7]), in parte dovuta all'auspicio che, in una rinnovata sistemazione delle fonti, l'autorevolezza di un plesso giurisdizionale "terzo" consenta di risolvere alcune questioni interne ancora insolute.^[8]

2. L'ORDINANZA CONS. STATO, SEZ. VI, 18 MARZO 2021, N. 2327

L'ordinanza in commento è tra le più emblematiche rappresentazioni di questo fenomeno.

La fattispecie oggetto dell'ordinanza riguarda, ancora una volta, l'annoso caso *Avastin-Laurentis*.^[9]

Il fatto può sintetizzarsi così: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dopo aver accertato un'intesa restrittiva della concorrenza conclusa in violazione dell'art. 101 TFUE tra

alcune società operanti nel settore farmaceutico, vietava la prosecuzione delle condotte contestate e irrogava le conseguenti sanzioni amministrative pecuniarie.

Segnatamente, l'intesa avrebbe avuto l'obiettivo di ridurre la domanda, e quindi le quantità vendute, di un farmaco (*Avastin*) a favore di un altro più costoso (*Lucentis*) attraverso la diffusione di notizie tese a distorcere la percezione dei rischi dell'uso *off label* in ambito oftalmico del primo.

Avverso tale provvedimento le case farmaceutiche ricorrevano dinnanzi al giudice amministrativo il quale, dopo aver disposto la riunione dei ricorsi, li rigettava nel merito.^[10]

Nel giudizio di appello il Consiglio di Stato sottoponeva alcune questioni pregiudiziali interpretative alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea^[11], e, dopo la risposta da parte di quest'ultima^[12], respingeva gli appelli, confermando così la sentenza di primo grado e, per l'effetto, il provvedimento impugnato.^[13]

Il caso torna *sub iudice* in quanto le originarie ricorrenti hanno chiesto la revocazione della sentenza di appello deducendo, sotto plurimi aspetti, un errore di fatto revocatorio *ex artt.* 106 c.p.a. e 395, comma 1, n. 4, c.p.c.. Tali profili però qui non interessano, essendo stati risolti dal Consiglio di Stato con sentenza non definitiva (che ha dichiarato l'inammissibilità dei motivi di revocazione dedotti).

Ciò che rileva, invece, è la circostanza che le parti - deducendo anche la violazione manifesta dei principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia nel precedente giudizio^[14] - hanno chiesto al Consiglio di Stato sia di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 395 c.p.c. nella parte in cui non prevede un'ipotesi di revocazione per il caso in cui la sentenza sia in contrasto con il diritto eurounitario, sia di sottoporre alla Corte di Giustizia, tramite rinvio pregiudiziale, la questione della compatibilità del nostro sistema processuale rispetto al diritto UE nella parte in cui non prevede un'ulteriore ipotesi di revocazione per il caso di violazione manifesta dei principi di diritto affermati dalla CGUE in sede di rinvio pregiudiziale, non consentendo così di prevenire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto eurounitario.

Quest'ultima è la strada intrapresa dal Consiglio di Stato.

I giudici di Palazzo Spada, infatti - dopo aver richiamato il quadro normativo di riferimento (nazionale ed europeo), nonché l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. fornita dalla Corte costituzionale -, evidenziano che nel nostro ordinamento non sussiste uno strumento atto a verificare e garantire che una sentenza emessa da un organo giurisdizionale di ultimo grado non si ponga in contrasto con il diritto eurounitario e, nello specifico, con i principi enunciati dalla Corte di Giustizia.

Quanto appena affermato deve necessariamente porsi in relazione con la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia sul parallelismo tra principio di autonomia procedurale e intangibilità del giudicato.

È stato infatti più volte ribadito dalla Corte che il diritto dell'Unione non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a

una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto.^[15]

Il principio dell'intangibilità della *res iudicata* (che, notoriamente, *facit de albo nigrum*) è infatti riconosciuto come centrale sia nell'ordinamento giuridico eurounitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali.^[16]

Al fine di garantire la certezza del diritto, la stabilità dei rapporti giuridici nonché una buona amministrazione della giustizia, tale principio postula necessariamente che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione.^[17]

Proprio muovendo da tali considerazioni il Consiglio di Stato valorizza la circostanza che nel giudizio sottoposto al suo esame il giudicato non si sia ancora formato poiché non sono ancora decorsi i termini di impugnazione stabiliti dall'art. 92 c.p.a..

I tre quesiti interpretativi, difatti, vengono dichiaratamente proposti al fine di “*scongiurare la formazione del giudicato, con il conseguente consolidamento della supposta violazione del diritto comunitario*”.

Per non incorrere nel rischio che si consolidi una violazione del diritto eurounitario, ad avviso del Consiglio di Stato appare perciò preferibile incidere sulla decisione prima che la stessa passi in giudicato, piuttosto che ricorrere al rimedio successivo del risarcimento del danno.

3. I QUESITI SOTTOPOSTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA E LA RILEVANZA DELLE QUESTIONI

Poste queste premesse, con il primo quesito il Consiglio di Stato chiede alla Corte di Giustizia *se il giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, in un giudizio in cui la domanda della parte sia direttamente rivolta a far valere la violazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nel medesimo giudizio al fine di ottenere l'annullamento della sentenza impugnata, possa verificare la corretta applicazione nel caso concreto dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nel medesimo giudizio, oppure se tale valutazione spetti alla Corte di Giustizia.*

Con il secondo quesito il Consiglio di Stato chiede alla Corte se nella fattispecie concreta la sentenza impugnata per revocazione abbia violato i principi espressi a suo tempo dalla Corte di Giustizia nella sentenza emanata a seguito del primo rinvio pregiudiziale.

Infine, con il terzo quesito interpretativo si chiede al giudice europeo se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 del TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad un sistema come quello concernente gli articoli 106 del codice del processo amministrativo e 395 e 396 del codice di procedura civile, nella misura in cui non consente di usare il rimedio del ricorso per revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, ed in particolare con i principi di diritto affermati da quest'ultima in sede di rinvio pregiudiziale.

Chiarito l'intendimento del Consiglio di Stato, ci si deve tuttavia interrogare sulla rilevanza delle questioni interpretative rimesse alla Corte di Giustizia, nonché sull'opportunità del rinvio.

Com'è noto la questione oggetto del rinvio deve essere *rilevante* ai fini del decidere. In altre parole la risoluzione del dubbio prospettato deve essere decisiva nella soluzione del caso *sub iudice*.^[18]

Tale precisazione non è da trascurare, specie nel caso al nostro esame.

Il Consiglio di Stato, infatti, se è pur vero che da un lato interpella il giudice europeo - così come suggerito dalle parti -, è però altresì vero che prende subito posizione sulla fondatezza dei sospetti avanzati.

Nell'ordinanza, infatti, si afferma *expressis verbis* che il Collegio dubita che le violazioni del diritto UE prospettate dalle parti effettivamente sussistano (*“da cui l'ipotetica irrilevanza del quesito pregiudiziale proposto dalle società ricorrenti?”*), affermando altresì che la sentenza impugnata ha ben recepito il *dictum* della Corte di Giustizia.

Al più, continua l'ordinanza, potrebbe trattarsi di *error in iudicando* non relativo allo scorretto recepimento della regola di giudizio o dei principi giuridici applicabili in astratto (non essendo stato affermato dalla sentenza revocanda un principio di diritto contrario con gli stessi), bensì riferibile all'applicazione concreta dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, a seguito dell'erronea valutazione e interpretazione dei fatti di causa e del materiale probatorio.

Quest'ultima attività però, secondo il Consiglio di Stato - essendo inerente all'esame della fattispecie concreta e non all'interpretazione della norma - è attività tipicamente demandata al giudice nazionale e, quand'anche erronea, non sarebbe idonea a dar luogo ad un orientamento giuridico contrastante con quanto affermato dalla Corte di Giustizia.

Una conferma di tale assunto la si troverebbe nella recente sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2018 in cui è stato precisato che *“nella fisiologica dinamica dei rapporti fra il Giudice della nomofilachia e quello del giudizio a quo, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto da parte del primo, spetterà a quest'ultimo l'attività di contestualizzazione della regula iuris in relazione alle peculiarità del caso concreto, dovendosi in via di principio escludere forme di sostanziale ibridazione fra l'enunciazione di un principio e la definizione di una vicenda puntuale”*.^[19] Il principio, riferito al rapporto tra giudici nazionali, secondo il Consiglio di Stato sarebbe replicabile anche nella prospettiva dei rapporti tra giudice nazionale e Corte di Giustizia.

Sebbene dunque sia lo stesso giudice remittente a dubitare della rilevanza delle questioni^[20], il Collegio si interroga comunque se a sindacare la sussistenza di una violazione del diritto dell'Unione Europea debba essere il giudice nazionale o la Corte di Giustizia, quale unica istituzione competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale sulla validità e l'interpretazione del diritto dell'UE (nel cui novero rientrerebbero anche le pronunce della stessa Corte di Giustizia).

Un approfondimento di tali questioni richiede però preliminarmente che si svolga qualche breve riflessione sul ruolo che la Corte di Giustizia occupa nell'ordinamento eurounitario, nonché sul rinvio pregiudiziale, quale istituto centrale nel dialogo tra le Corti.

PARTE SECONDA

4. C'È UN GIUDICE A LUSSEMBURGO: IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE

Com'è noto, nel sistema giuridico europeo, la Corte di Giustizia è l'Istituzione titolata ad assicurare *il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati* al fine di garantirne l'uniforme applicazione da parte di tutti gli Stati membri, i quali, dal canto loro, *stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*.^[21]

Il suo ruolo è davvero un *unicum* nel panorama delle organizzazioni internazionali: essa, in particolare, oltre a ulteriori specifiche funzioni previste dai Trattati, ha il precipuo compito di pronunciarsi, in via principale sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'Istituzione o da una persona fisica o giuridica, nonché, in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle Istituzioni.^[22]

Nei ricorsi diretti la Corte assume, *mutatis mutandis*, le vesti di giudice costituzionale e di giudice di ultima istanza, ma è in sede di rinvio pregiudiziale che può scorgersi la enorme potenzialità della funzione nomofilattica della Corte.^[23]

Come anche riconosciuto dalla Corte di Giustizia, le sue decisioni sono vincolanti per il giudice nazionale^[24], il quale, ove non osservasse il principio di diritto enunciato dalla Corte, esporrebbe lo Stato membro all'apertura di una procedura di infrazione e a un ricorso per inadempimento a norma dell'art. 258 TFUE.^[25]

Nel risolvere la questione al suo esame la Corte di Giustizia realizza una cooperazione virtuosa con i giudici nazionali, che, a loro volta, avendola investita della questione, diventano essi stessi sentinelle del diritto dell'Unione.^[26]

La scelta se effettuare o meno il rinvio spetta infatti soltanto ai giudici nazionali che sono investiti della controversia. Essi devono assumersi la responsabilità della futura pronuncia e valutare, in riferimento alle particolarità di ciascuna causa, tanto la necessità di un rinvio pregiudiziale per poter emettere la loro sentenza, quanto la rilevanza delle questioni che essi sottopongono alla Corte.^[27]

Tale circuito, per molti versi virtuoso, può tuttavia produrre delle notevoli distorsioni.

Come evidenziato da autorevole dottrina, lo spettro della responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto UE può comportare alcune forme di abuso della richiesta di rinvio pregiudiziale ad opera delle parti, nonché un eccesso di scrupolo da parte dei giudici di ultima istanza, i quali di fronte alla minaccia della responsabilità potrebbero non trovare più adeguata rassicurazione nell'applicazione della teoria dell'*acte clair* introdotta a partire dalla sentenza *Cilfit*.^[28]

5. IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CGUE COME STRUMENTO DI VERIFICA DEI RAPPORTI TRA LE GIURISDIZIONI INTERNE

Ma, come già si è avuto modo di accennare, vi è anche un'altra tendenza al rinvio pregiudiziale, più nebulosa, che negli ultimi mesi ha visto protagonisti la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, che hanno deciso di effettuare due rinvii pregiudiziali interpretativi *ex art. 267 TFUE* per verificare la compatibilità del nostro sistema processuale rispetto al diritto eurounitario nei casi in cui non siano rinvenibili rimedi interni - diversi da quello risarcitorio - per far fronte all'inosservanza delle sentenze della CGUE.^[29]

In realtà tale corsa-rincorsa al rinvio alla CGUE deve necessariamente essere letta insieme ad un altro fenomeno, di segno opposto al dialogo, che ultimamente ha coinvolto Corte di Cassazione, Corte costituzionale e Consiglio di Stato, ossia quella che è stata definita la “*guerra tra Corti*”^[30]sull'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. relativo al ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per “*motivi inerenti alla giurisdizione*”.^[31]

Il tema, che necessiterebbe un'autonoma trattazione^[32], sarà qui affrontato limitatamente ad un suo specifico aspetto, ossia la tenuta dell'attuale assetto dei rapporti tra giurisdizioni di fronte all'applicazione del diritto dell'Unione.

6. IL PRINCIPIO DI AUTONOMIA PROCEDURALE E I SUOI LIMITI

Per affrontare più nel dettaglio quanto ora accennato, giova fare una rapida digressione sui limiti del principio di autonomia procedurale degli Stati membri.

Con riferimento al diritto processuale, a partire dal caso *Reve* del 1976^[33], la Corte di Giustizia, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria volta ad armonizzare il diritto processuale nazionale, ha ripetutamente riconosciuto tale principio, in virtù del quale spetta ai singoli Stati membri il compito di predisporre gli strumenti processuali più idonei a garantire l'attuazione del diritto europeo nei settori di applicazione.^[34]

Questa competenza procedurale degli Stati membri viene dunque intesa dal giudice europeo come autonomia nella previsione dei rimedi finalizzati a garantire l'effettività del diritto UE.^[35]

Tale autonomia, tuttavia, non è considerata dalla Corte senza limiti, ma viene riconosciuta agli Stati a condizione che gli strumenti interni approntati non siano meno favorevoli rispetto a quelli relativi a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (*principio di equivalenza*) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (*principio di effettività*).^[36]

Come giustamente rilevato dalla dottrina più autorevole, la Corte si è riservata una sorta di *droit de regard* sugli ordinamenti nazionali, per verificare non tanto se essi garantiscano un livello minimo di protezione, bensì se le condizioni procedurali e sostanziali previste siano o meno conformi a parametri di adeguatezza ed effettività, che la Corte stessa desume dal *corpus* del diritto UE o dai principi generali.^[37]

Si delinea così quello che è stato definito uno standard europeo di tutela giudiziaria, a cui i singoli ordinamenti devono cedere il passo, rafforzando le modalità di protezione, “*anche a costo di modificare o introdurre norme e procedure ad hoc, nell'ordinamento giuridico nazionale*”.^[38]

7.- I MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE AL CENTRO DEL DIBATTITO

Delineata la cornice di riferimento, è il caso adesso di comprendere la ragione per cui i recenti movimenti tellurici tra le Corti abbiano come epicentro proprio l'applicazione del diritto sovranazionale.

Il tradizionale orientamento della Suprema Corte ha sempre escluso che la violazione del diritto dell'Unione Europea comporti un indebito straripamento del giudice amministrativo dalle sue attribuzioni. Si è osservato, infatti, che il primato del diritto eurounitario non è in grado di sovvertire gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali.^[39]

La *querelle* giurisprudenziale è infatti piuttosto recente. Essa ha inizio nel 2015 con la sentenza *Cogeam* (dal nome dell'impresa ricorrente), quando, pur senza smentire espressamente il consolidato indirizzo su cui si erano assestate e valorizzando le peculiarità del caso al loro esame, le Sezioni Unite, in considerazione della nozione elastica di giurisdizione, hanno affermato che rientra tra i motivi inerenti alla giurisdizione il caso, estremo, di *radicale stravolgimento* delle norme europee di riferimento, per come interpretate dalla Corte di Giustizia.^[40]

In tale pronuncia si afferma che *“la cassazione della sentenza impugnata risulta, allora, indispensabile per impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria”*.^[41]

Tale orientamento è stato poi rafforzato dalla celebre sentenza *Mantovani* (dal nome dell'impresa ricorrente) con cui le Sezioni Unite hanno cassato per diniego di giurisdizione una sentenza del Consiglio di Stato che aveva fatto applicazione di una regola processuale interna che, per come interpretata, si poneva in frontale contrasto con il diritto eurounitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.^[42]

Sulla base della specifica collocazione istituzionale della Corte di Giustizia nell'architettura europea, nonché in forza del principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea su quello nazionale, le Sezioni Unite hanno affermato infatti che, nell'ambito di intervento del diritto eurounitario, costituiscono motivi di giurisdizione le ipotesi di scostamento dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, giacché in esse l'errore di interpretazione determina un radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in manifesto diniego di giurisdizione.^[43]

Seppur tale approdo abbia introdotto un principio di sicura portata innovativa nei rapporti tra Cassazione e Consiglio di Stato, quanto appena affermato dalla Suprema Corte non ebbe in realtà il tempo di sedimentarsi a sufficienza a causa di una decisa battuta di arresto ad opera della Corte costituzionale.

Le Sezioni Unite, infatti, sulla linea tracciata dalle pronunce sopra ricordate, domandarono alla Corte Costituzionale se la loro recente interpretazione “evolutiva” e “dinamica” del concetto di giurisdizione consentisse altresì di assimilare la violazione del diritto convenzionale a quella del diritto eurounitario al fine di legittimare la ricorribilità in

cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione in caso di sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con le decisioni della Corte EDU.

Il Giudice delle leggi, però, nella ben nota sentenza n. 6 del 2018[44], ha posto un freno a tale accelerazione interpretativa, segnando una tappa fondamentale nel dibattito sui motivi inerenti alla giurisdizione e, attraverso ciò, sui rimedi esperibili in caso di violazione del diritto sovranazionale da parte del Consiglio di Stato.[45]

La risposta della Corte costituzionale ai quesiti sottoposti è stata decisamente opposta rispetto a quanto sostenuto in precedenza dalle Sezioni Unite, non lasciando margini di incertezza: l'interpretazione evolutiva finora avanzata e volta a far rientrare tra i motivi di ricorso in cassazione anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando*, non soltanto “*mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni*”, ma non può neppure qualificarsi come “evolutiva”, proprio perché “*non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale*”.

Secondo Giudice delle leggi, peraltro - ed è questo il punto che qui più interessa - il sindacato della Corte di Cassazione “*nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU*”, perché ciò costituisce pur sempre un motivo di illegittimità, seppur particolarmente qualificata.

Chiarito ciò, la Corte costituzionale si mostra ben consapevole della sussistenza di un problema nel nostro sistema processuale, specie nel caso di sopravvenienza di una decisione delle Corti sovranazionali, ma esorta a trovare una soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con l'introduzione ad opera del Legislatore di un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c., così come già auspicato nella sentenza n. 123 del 2017[46].

In quest'ultima pronuncia la Corte - investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - ha posto all'attenzione del Legislatore l'invito della Corte EDU a introdurre strumenti processuali interni che consentano la riapertura del processo non penale, precisando infatti che, diversamente da quanto si impone nel processo penale[47], dalla lettura della giurisprudenza della Corte EDU, per gli Stati che non prevedono tale meccanismo, non emerge alcun obbligo di riaprire i processi civili o amministrativi, essendo rimessa alla loro discrezionalità la scelta del miglior rimedio per conformarsi alle pronunce della Corte di Strasburgo.[48]

8. IL RUOLO RIFORMATORE DEL GIUDICE NEL DIALOGO CON LA CORTE COSTITUZIONALE E CON LA CORTE EUROPEA

Le pronunce sopra ricordate non soltanto hanno rappresentato la cassa di riso

nanza di un dibattito già avviato da tempo, ma sono state anche un autentico tonico per una prolifica e vivacissima riflessione giuridica, che tutt'oggi perdura. Esse dunque non vanno lette isolatamente, ma in sinergia tra loro, in un contesto in cui l'una costituisce il terreno di coltura dell'altra.

Ormai, peraltro, è del tutto evidente che sia in corso un profondo ripensamento del nostro intero assetto processuale, a partire dal concetto stesso di potere giurisdizionale quale prerogativa dello Stato che promana dallo Stato. In tale epoca post-moderna- in cui il rigorismo delle fonti del diritto, per come delineato all'art. 1 delle Disposizioni preliminari al codice civile, appare a molti superato -l'opera del giudice sembra decisiva. [49]

In un contesto improntato al pluralismo giuridico il giudice non è più (solo) *index sub lege*, bensì rappresenta “*il più autentico garante della crescita di un ordinamento giuridico, della sua perenne storicità e, pertanto, della sua salutare coerenza al divenire sociale*”. [50]

In una combinazione di regimi giuridici diversi il ruolo del giudice muta. Un panorama normativo multilivello gli impone infatti di rendersi interprete di rinnovate esigenze attribuendogli nuovi compiti e responsabilità. Ciò inevitabilmente richiede un costante dialogo con altri giudici e Istituzioni.

L'esperienza insegna che il dialogo può svilupparsi sia in senso orizzontale, tra più giudici di un medesimo ordinamento giuridico (in tal caso l'interlocutore privilegiato, dato il suo ruolo, è la Corte costituzionale), sia in senso verticale (tra giudici nazionali e giudici sovranazionali, primi tra tutti Corte di Giustizia e Corte EDU).

Per tornare al nostro caso, dopo la sentenza n. 6 del 2018, si è registrato un pacifico recepimento da parte della Corte di Cassazione di quanto affermato dal Giudice costituzionale: le Sezioni Unite in plurime occasioni hanno infatti ritenuto recessivo l'orientamento di segno evolutivo dalle stesse avanzato con le sentenze *Cogeam* e *Mantovani*, riprendendo pertanto a negare che il loro intervento, in sede di controllo di giurisdizione, possa essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU e/o dall'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, trattandosi di motivi attinenti alla legittimità della decisione e, come tali, esulanti dalle questioni di giurisdizione. [51]

Com'è noto, però, il dibattito è stato riaperto, in termini peraltro assai più accesi, da una recente riconsiderazione critica da parte delle Sezioni Unite dei rimedi che l'ordinamento appresta per far fronte alle violazioni del diritto eurounitario da parte del giudice amministrativo.

La strada scelta dalle Sezioni Unite è ancora una volta quella del dialogo, ma stavolta si è cambiato interlocutore. Come si è già detto *supra*, vi è infatti una corsa, sempre maggiore, al dialogo con la Corte di Giustizia su questioni di diritto processuale interno.

Il diritto europeo, in altre parole, assume sempre più spesso il ruolo di metro di giudizio attraverso cui misurare l'effettività della tutela giurisdizionale garantita dal Legislatore nazionale.

Di tutto questo è urgente tener conto perché mai come oggi si è avvertito il bisogno di spostare in ambito sovranazionale la risoluzione di questioni pressoché interne, richiedendo al giudice europeo un compito che forse neppure gli è proprio, e che egli stesso in verità ha avuto cura di non assumere avendo ripetutamente riconosciuto il principio di autonomia processuale degli Stati membri.

9. L'ORDINANZA SEZ. UN., 18 SETTEMBRE 2020, N. 19598

Con l'ormai notissima ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione - tornando sull'annoso tema dei motivi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111, comma 8, Cost. - hanno rimesso alla Corte di Giustizia dell'UE tre questioni pregiudiziali.^[52]

Il caso all'attenzione della Corte di Cassazione interessava quella fecondissima fucina che è il contenzioso sugli appalti pubblici, che l'esperienza ha insegnato essere un prodigioso banco di prova del diritto nazionale e di quello eurounitario.

Anche in questo caso la decisione del Consiglio di Stato impugnata veniva contestata in quanto ritenuta in contrasto con i principi affermati dalla Corte di Giustizia, in particolare nelle sentenze Lombardi^[53], Puligienica^[54] e Fastweb^[55].

Non è certamente questa la sede per scandagliare nel dettaglio la ricchissima intelaiatura di argomentazioni poste dall'ordinanza in questione^[56]; ci soffermeremo pertanto su un punto specifico, ossia l'esigenza, manifestata dalle Sezioni Unite, di evitare la formazione di un giudicato amministrativo gravemente contrastante con il diritto eurounitario.

A tal proposito la Suprema Corte ravvisa nel ricorso per cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.* lo strumento più idoneo a scongiurare siffatto esito. Tale mezzo impugnatorio viene infatti descritto come *“l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione”*.

Le Sezioni Unite ampliano la riflessione che si imporrebbe nel caso concreto al loro esame per soffermarsi su alcuni profili centrali del nostro ordinamento processuale, ossia i rapporti tra le diverse giurisdizioni interne laddove venga in rilievo l'applicazione del diritto dell'Unione Europea.

La Corte di Cassazione, infatti, ben conscia dell'orientamento della Corte costituzionale di cui alla sentenza n. 6 del 2018, ne sospetta l'incompatibilità con il diritto UE sulla base di molteplici argomentazioni.

Essa muove dalla considerazione che *“il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia (...) esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione - per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale - censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione, a prescindere dall'essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva alla sentenza amministrativa impugnata nel giudizio di cassazione”*.

Questa tesi, se portata alle sue estreme conseguenze, a rigor di logica, dovrebbe condurre alla conclusione per cui qualsiasi giudice nazionale (ordinario o amministrativo che sia) è radicalmente privo del potere giurisdizionale quando applica norme nazionali che risultino (*ex ante*, ma forse anche *ex post*, dato il richiamo alle sopravvenute sentenze della CGUE) contrarie al diritto europeo.

Seguendo tale impostazione, tanto affascinante quanto parossistica, sembrerebbe pertanto che il giudice nazionale, non soltanto sia vincolato all'osservanza e all'applicazione del diritto

dell'Unione Europea, ma, nei campi regolati da tale diritto, questo costituisca il presupposto della giurisdizione, la quale verrebbe meno nel momento in cui si effettuino interpretazioni della normativa interna contrastanti con esso.

Quanto testé tratteggiato si spiegherebbe, ad avviso della Suprema Corte, giacché, contrariamente a quanto avviene con la sentenza affetta da semplice violazione di legge nelle fattispecie regolate dal diritto nazionale - ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, tranne in casi eccezionali, pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato -, *“nelle controversie disciplinate dal diritto dell'Unione lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione”*.

Tale passaggio, che sembra far discendere dalla violazione del diritto eurounitario una lesione della sovranità europea, è stato oggetto di puntuali critiche da parte della dottrina, la quale si è anche interrogata sia sulle ragioni per cui debba gravare sulla Corte di Cassazione il compito di *“garante naturale della sovranità europea”*, sia sull'adeguatezza a tali fini dello strumento del ricorso *ex art. 111, comma 8, Cost.*^[57]

La risposta che la Cassazione fornisce a tali interrogativi è lineare: scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto eurounitario, prima che la decisione del Consiglio di Stato passi in giudicato.

Che tale problema esista, - specie in caso di sopravvenienza delle decisioni delle Corti sovranazionali -, è stato perfino attestato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018, la quale, come già si è avuto modo di accennare, affermando che la soluzione vada ricercata all'interno di ciascuna giurisdizione, ha esortato il Legislatore a introdurre un nuovo caso di revocazione nell'art. 395 c.p.c..

Due punti meritano però di essere sottolineati.

La Corte di Cassazione, registrando allo stato attuale l'insussistenza di un utile rimedio revocatorio per scongiurare le violazioni del diritto dell'Unione addebitabili agli organi giurisdizionali, giunge alla conclusione che il ricorso per cassazione costituisca l'unico possibile rimedio avverso le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con la giurisprudenza - antecedente o sopravvenuta - della Corte di Giustizia.

Ma vi è di più. Secondo le Sezioni Unite, quand'anche si introducesse un nuovo caso di revocazione per far fronte alle violazioni del diritto UE^[58], tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto, specialmente laddove le sentenze delle Corti sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata. Concludendo, esse dubitano anche che lo strumento revocatorio sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emanata in sede di revocazione possa potenzialmente violare i limiti della giurisdizione.

PARTE TERZA

10.- IL COMPITO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: GIUDICE D'INTERPRETAZIONE O D'IMPUGNAZIONE?

Come si è avuto modo di illustrare, la Corte di Giustizia è chiamata a svolgere un ruolo determinante che suscita vivo interesse tra gli studiosi poiché, trascendendo il caso specifico al suo esame, può ricucire uno strappo attualmente presente nel nostro ordinamento processuale.

È evidente infatti che il rinvio effettuato dall'ordinanza del Consiglio di Stato in commento è speculare a quello recentemente operato dalle Sezioni Unite: in entrambi i casi il giudice europeo, attraverso l'utilizzo di uno strumento tipico (*i.e.* il rinvio pregiudiziale), è chiamato a svolgere un compito atipico, tanto inusuale quanto delicato.

A questo proposito sorge una domanda: a seguito di un rinvio pregiudiziale interpretativo, la Corte di Giustizia può dismettere le vesti dell'interprete per assumere il compito di giudice dell'impugnazione?

Dal tenore dell'ordinanza di rinvio emerge che il Consiglio di Stato sia ben consapevole che, per giurisprudenza consolidata, la Corte di Giustizia non sia competente a decidere lo specifico caso da cui origina il rinvio: spetta unicamente al giudice nazionale esaminare e valutare i fatti del procedimento principale nonché determinare l'esatta portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative applicabili.^[59]

Ciononostante, secondo il giudice amministrativo di ultima istanza, visto che il ricorso per revocazione proposto dalle ricorrenti, nella sua fase rescindente, si fonda soltanto sulla pretesa violazione dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nel precedente giudizio, allora *“anche le circostanze di fatto e i relativi elementi di prova, che in base alla giurisprudenza già citata dovrebbero essere di esclusiva valutazione del giudice nazionale, vengono a costituire – nella loro prospettata errata o mancata valutazione da parte del giudicante – gli specifici parametri alla stregua dei quali verificare la sussistenza o meno della dedotta violazione dei principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia”*.

Siffatta affermazione appare tuttavia poco persuasiva, almeno per due ragioni.

Innanzitutto, se spettasse alla Corte di Giustizia verificare la corretta applicazione nel giudizio *a quod* i principi espressi in sede di rinvio pregiudiziale è ovvio che tale attività imporrebbe necessariamente un esame della fattispecie concreta (attività che la Corte tende ad escludere).

Ma, soprattutto, si snaturerebbe lo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo.

In realtà, in via di principio, il quadro normativo di riferimento astrattamente consentirebbe pure di adire una seconda volta la Corte.

Stando all'art. 104 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia, riguardante l'interpretazione delle pronunce della Corte, in caso di rinvio pregiudiziale spetta ai giudici nazionali valutare se essi abbiano ricevuto sufficienti chiarimenti mediante una pronuncia pregiudiziale, *o se appaia necessario adire nuovamente la Corte*.

Ma tale nuovo rinvio, se si guarda alla norma, dovrebbe riguardare la sufficienza dei chiarimenti e non la loro correttezza applicazione.

Se così non fosse, all'intervento della Corte di Giustizia "a monte", sulla corretta interpretazione delle norme eurounitarie, si sommerebbe pertanto una sua intromissione "a valle" avente come obiettivo il controllo sull'operato dei giudici nazionali.

Si tratterebbe allora di un malcelato, e finora sconosciuto, strumento impugnatorio, la cui non attivazione peraltro esporrebbe a responsabilità lo Stato membro, con tutte le conseguenze immaginabili in tema di dilatazione dei tempi processuali e di sovraccarico del ruolo della Corte.

Le suddette conclusioni appaiono smentite anche dalle Raccomandazioni relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale^[60], in cui si afferma espressamente che *"La domanda di pronuncia pregiudiziale deve riguardare l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione, e non l'interpretazione delle norme del diritto nazionale o questioni di fatto sollevate nell'ambito del procedimento principale"*.

Se dunque appare difficile che la Corte accolga la prima questione (e, per l'effetto, la seconda), giova allora domandarsi quale strumento le parti avrebbero a disposizione a fronte di un erroneo recepimento nel caso concreto dei principi affermati dalla Corte di Giustizia da parte dei giudici di ultima istanza.

A tal fine occorre soffermarsi sul terzo quesito (il quale non è posto in subordine rispetto ai precedenti, e quindi autonomamente analizzabile), ossia se sia incompatibile con il diritto UE la mancata previsione di un'apposita ipotesi di revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, *"e in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale"*.

Il quesito si presta a due possibili interpretazioni letterali, giacché il significato da attribuirsi alla locuzione *"in particolare"* potrebbe essere sia quello di ulteriore precisazione volta a delimitare il perimetro entro cui va letta la parte che precede (quindi come equivalente di *"più specificamente"*); sia quello di aggiunta tesa solamente a focalizzare l'attenzione (quindi come sinonimo di *"soprattutto"*, *"prima di ogni altra cosa"*). Quest'ultimo significato consentirebbe di ricomprendere nel quesito anche le ipotesi di contrasto di una sentenza del Consiglio di Stato con sentenze sopravvenute della Corte di Giustizia.

Tuttavia, attraverso un argomento teleologico, che tenga dunque conto della finalità che ha la rimessione alla Corte di Giustizia, deve preferirsi un'interpretazione che non trascenda dal caso concreto e che quindi sia ossequiosa del principio della rilevanza.

È evidente, pertanto, che deve essere preferito il primo dei due significati prospettati, ritenendo così il quesito circoscritto all'assenza di ipotesi di revocazione dirette a verificare la corretta applicazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale nella "medesima" controversia.

Se però il principio di rilevanza impone la formulazione di una domanda così circoscritta, ciò comunque non dovrebbe indurre a escludere che la Corte di Giustizia, nell'illustrare la sua risposta, possa comunque svolgere alcune argomentazioni sistematiche volte a chiarire in che rapporto il principio di autonomia procedurale si pone rispetto all'attuale sistema processuale italiano per il caso di decisioni del giudice amministrativo di ultima istanza, non ancora passate in giudicato, che violino il diritto europeo.

11. CONCLUSIONI (CHE AUSPICANO UNA CONCLUSIONE)

L'occasione è d'oro, poiché pendono dinnanzi alla Corte di Giustizia due rinvii - quello operato dalla Corte di Cassazione e quello effettuato dal Consiglio di Stato - nella sostanza convergenti, perché diretti a scongiurare il consolidamento di violazioni del diritto europeo che ben potrebbero essere corrette tramite rimedi interni (siano essi il ricorso in cassazione o un nuovo caso di revocazione), allo stato però inattivabili, vuoi per una solida e resistente interpretazione della norma costituzionale, vuoi per la mancanza di una disposizione legislativa al riguardo.

Semplificando: con il primo rinvio, la Corte di Cassazione chiede alla Corte di Giustizia se il ricorso per motivi di giurisdizione possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che seguano interpretazioni incompatibili con le sentenze della Corte di Giustizia nei settori disciplinati dal diritto UE; con il secondo, quello del Consiglio di Stato, invece si domanda alla Corte di Giustizia se un tale rimedio non possa essere invece la revocazione.

La Corte di Giustizia è dunque stata chiamata a dipanare un intricatissimo nodo problematico, forse non solo interpretativo, che investe incisivamente l'assetto costituzionale delle giurisdizioni.

Essa, dunque, assume di fatto il ruolo di arbitro di una contesa che trascende le singole tematiche e concerne invece gangli ben più profondi del nostro ordinamento: il rapporto tra le giurisdizioni, e quindi il ruolo ordinamentale della Corte di Cassazione.

Ad avviso di chi scrive la Corte di Giustizia, pur senza abdicare al ruolo cui è chiamata, non potrà né dovrà scegliere essa stessa quale dei due rimedi processuali sia più adatto ad assicurare l'osservanza del diritto UE, compito questo inequivocabilmente spettante agli Stati membri.

Ciò, in verità, sarebbe astrattamente possibile ove - come paventato dalla Corte di Cassazione con dovizia di argomenti - risultasse con riferimento a uno specifico rimedio violato il principio di *equivalenza*

Nel ritenere violato il principio di equivalenza (specie nel caso in cui non si consenta il ricorso in cassazione per denunciare l'eccesso di potere del giudice amministrativo che travalichi la sfera di competenza del Legislatore europeo) ci si scontrerebbe però con la considerazione, prontamente avanzata in dottrina, secondo cui è la stessa giurisprudenza della Sezione Unite a ritenere più teorica che effettiva l'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale rispetto al Legislatore nazionale^[61], avendo così "dequotato" il diniego di giustizia a mero errore interpretativo, "*avvertendo poi l'esigenza di ricorrere al radicale stravolgimento delle regole UE per giustificarne la sindacabilità, così, in buona sostanza, teorizzandone il confinamento a tale ipotesi (così peraltro indebolendo, se non radicalmente svilendo, il richiamo all'equivalenza)*". ^[62]

Tra i limiti al principio di autonomia procedurale quello più pregnante potrebbe invece essere il principio di effettività, che si assumerebbe leso se il nostro ordinamento non offrisse un rimedio utile per far fronte all'inosservanza della giurisprudenza della Corte di Giustizia (anche sopravvenuta nell'intervallo temporale precedente al giudicato). Tale dubbio appare

più consistente del primo, e sembra peraltro condiviso - seppur da diversi punti di osservazione - tanto dalla Suprema Corte quanto dal Consiglio di Stato.

Sicché, è proprio muovendo dall'esigenza di garantire il principio di effettività che la Corte di Giustizia - come peraltro già fatto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018 - potrà prendere atto dell'esistenza di un vuoto di tutela incompatibile con l'ordinamento eurounitario, rimettendo però al singolo Stato membro la scelta dello strumento utile ad evitare, prima della formazione del giudicato, che si consolidino interpretazioni contrarie al diritto eurounitario, così come interpretato dalla Corte di Giustizia.

A tal punto, a seguito di una siffatta risposta, esaustiva ma rispettosa delle competenze statali in materia, la logica conseguenza per evitare di esporre lo Stato italiano ad una procedura di infrazione sarebbe quella di investire della questione nuovamente la Corte costituzionale, che valuterà se cambiare l'orientamento manifestato con la sentenza n. 6 del 2018 (consentendo così il ricorso per cassazione anche nei casi di violazione da parte del Consiglio di Stato delle sentenze della Corte di Giustizia) o se svilupparlo ulteriormente dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 395 c.p.c. nella parte in cui non consente di ricorrere al rimedio del ricorso per revocazione al fine di impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con le sentenze della Corte di Giustizia.

Se è pur vero che il giudice nazionale, per garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, può disapplicare (*rectius* non applicare) le disposizioni nazionali contrastanti, senza dover necessariamente attendere un intervento del Legislatore o una declaratoria di incostituzionalità, nel nostro caso l'interlocuzione con la Corte costituzionale sarebbe certamente opportuna (forse dovrebbe essere indicata come strada dalla stessa Corte di Giustizia), ripristinando così virtuosamente il dialogo interno tra le nostre Corti.

Ma vi sono altre ragioni che inducono ad auspicare un intervento della Corte costituzionale.

In entrambi i casi prospettati, infatti, non si tratterebbe “semplicemente” di disapplicare una disposizione nazionale contrastante con il diritto UE.

In un caso si tratterebbe di disapplicare una disposizione costituzionale o, per meglio dire, l'interpretazione che ne fornisce la Corte costituzionale (che è l'interprete naturale del dettato costituzionale) senza però investirla della questione.

Nel secondo caso, ove si propendesse per lo strumento revocatorio, è pacifico che solamente la Corte costituzionale potrebbe introdurre una nuova ipotesi di revocazione. Diversamente, il giudice *a quod* dovrebbe operare una sorta di disapplicazione additiva, senza peraltro che da essa possano scaturire effetti *erga omnes*.

In ambedue le ipotesi l'ordinamento non se ne gioverebbe.

[1] G. Galilei, *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo*, Firenze, 1632.

[2] L'origine del lemma è dato dall'unione di *logos* (cioè “discorso”) e *dia* (ossia “fra”): starebbe a significare pertanto “discorso tra” (individui).

[3] L'aspetto teleologico del dialogo, finalizzato ad un'intesa, è proprio connotato nella stessa definizione della parola. Si v. a tal proposito www.garzanilinguistica.it che definisce il dialogo come "colloquio, comunicazione costante tra persone o tra gruppi che favorisce la comprensione reciproca e permette di eliminare o ridurre i conflitti".

[4] Sul tema gli studi sono molti, per un'analisi del fenomeno da una prospettiva storica si rinvia in particolare a A. Padoa Schioppa, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in *Foro it.*, 1996, V, 14; *Id.*, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007; *Id.*, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003. Si v. anche L. Lacchè, *Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, in *Forum historiae iuris*, 2003; P. G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, 2005.

[5] Sul dialogo tra le Corti e sugli apporti delle Corti nella dimensione europea v. M. Cartabia, «Taking Dialogue Seriously» *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, in www.jeanmonnetprogram.org, 2007; S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 3, 609 ss.; F. Fontanelli e G. Martinico, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del « dialogo nascosto » fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 2, 351 ss.; A. Sandulli, *La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in *Aa. Vv.*, *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008.

Con specifico riferimento, invece, alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'intensificarsi del dialogo è testimoniato dai *Protocolli d'intesa tra la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato* siglati a Roma nel 2017 e seguiti da un Convegno dall'evocativo titolo "Il dialogo tra le Corti e l'attuazione del diritto convenzionale nell'ordinamento interno". Gli atti del convegno sono rinvenibili in www.giustizia-amministrativa.it.

[6] Con particolare attenzione al tema del rinvio pregiudiziale v. M. P. Chiti, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed Europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745 ss.; R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, disponibile in www.cortedicassazione.it; A. Ruggeri, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa)*, in *Diritti comparati*, 2011; S. Spuntarelli, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 3, 985 ss.; G. Vitale, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per il giudice di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 1, 59 ss.

[7] In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia il giudice nazionale può astenersi dall'effettuare il rinvio nel caso in cui la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, esaminata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale (*acte éclairé*); oppure nel caso in cui la giurisprudenza costante della Corte, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, abbia risolto il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere (*acte clair*). Si v. CGUE, 27 marzo 1963, cause riunite C-28/62, C-29/62 e C-30/62, *Da Costa*; e CGUE, 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*, punto 14.

[8] Appare notevolmente mutato lo scenario che si profilava non molti anni fa e ben evidenziato da M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 127, ad avviso della quale "i dati che emergono dai rapporti annuali della Corte di giustizia rivelano come le Corti supreme siano assai pigre nell'investire la Corte di giustizia, dimostrando così che quello che in base alla formulazione letterale del trattato dovrebbe costituire un obbligo, in realtà viene generalmente interpretato come opportunità da utilizzare all'occorrenza".

Peraltro, stando alle statistiche riportate nelle Relazioni annuali della Corte di Giustizia (disponibili fino al 2018 e rinvenibili nel sito <https://curia.europa.eu/>), l'Italia è seconda solamente alla Germania per numero di rinvii pregiudiziali: sessantotto nel 2018, cinquantasette nel 2017, sessantadue nel 2016, quarantasette nel 2015.

[9] Per un approfondimento si rinvia a L. Arnaudo e R. Pardolesi, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, 2019, III, 533; S. Gorza, *Il caso Avastin/Lucentis tra contraddizioni ed omissioni*, in *Dir. ind.*, 2020, 1, 30 ss.; B. Bertan, *L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato nel caso I760, Roche/Novartis - farmaci Avastin-Lucentis: la valutazione concorrenziale degli accordi di licenza e l'uso off label del farmaco nella definizione di mercato rilevante*, in *Riv. dir. industr.*, 2017, 3, 402 ss.; e M. Colangelo, *Il caso Avastin-Lucentis: violazione antitrust o regulatory failure?*, in *Riv. dir. industr.*, 2016, 2, 218 ss.

[10] TAR Lazio, 2 dicembre 2014, n. 12168.

[11] Cons. St., Sez. VI, 11 marzo 2016, n. 966.

[12] CGUE, 23 gennaio 2018, C-179/16, *Hoffmann-La Roche* e altri.

[13] Cons. St., Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

[14] Sul punto v. G. Tesauro, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso Avastin/Lucentis e non solo*, in *federalismi.it*, 2020, secondo cui il Consiglio di Stato non ha dato seguito agli accertamenti richiesti dalla Corte di Giustizia ed ha deciso direttamente con affermazioni in contrasto con la risposta chiesta e ottenuta da Lussemburgo.

[15] CGUE, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, punto 20; e CGUE, 16 marzo 2006, C-234/04, *Kapferer*, punto 21. Cfr. anche, CGUE, 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, punti 46 s..

[16] Solo in casi particolarissimi il principio dell'autorità della cosa giudicata è stato messo in discussione dalla Corte. Si tratta ad es. del celebre caso *Lucchini* (CGUE, 18 luglio 2007, C-119/05) che però riguardava una situazione del tutto peculiare in merito alla ripartizione delle competenze tra Stati membri ed Unione in materia di aiuti di Stato; e del già citato caso *Olimpiclub* nella parte riguardante il valore del c.d. giudicato esterno.

[17] CGUE, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, punto 22; Cfr. anche CGUE, sentenza 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, punto 38; e CGUE, 16 marzo 2006, C-234/04, *Kapferer*, punto 20.

[18] Cfr. CGUE, 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*, punto 10, in cui si afferma che la questione non è pertinente “*nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della lite*”.

[19] Cons. St., Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 2.

[20] Nell'ordinanza lo si afferma diffusamente in termini chiarissimi. Si v. ad esempio il punto 9 in cui si sostiene “*Alla luce delle considerazioni che precedono, dovendosi escludere la sussistenza di una violazione, sia dal punto di vista della sua configurazione astratta che da quello fattuale, del diritto dell'Unione europea e dei principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia del 23 gennaio 2018, è opinione del Collegio che non sussista il requisito della rilevanza della questione pregiudiziale sollevata dalle parti?*”.

[21] Art. 19, par. 1, TUE. Per ulteriori approfondimenti in dottrina sul ruolo della Corte, tra i tantissimi, v. G. Tesauro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 3, 483 ss.; nonché il fondamentale contributo di A. Tizzano, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Napoli, 1967.

[22] Art. 19, par. 3, TUE. Per un quadro generale del rinvio pregiudiziale si rinvia alla recente opera monografica di C. Iannone e F. Ferraro (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020. Si v. anche G. Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di Giustizia delle Comunità europee come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249 ss.; e D. U. Galetta, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 2.

[23] Così M. Condinanzi, *Innovazione e continuità alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in C. Amalfitano e M. Condinanzi (a cura di), *La Corte di Giustizia dell'unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, 15.

[24] Chiara in tal senso è CGUE, 5 ottobre 2010, C-173/09, *Elchinov*, secondo cui “*la sentenza con la quale la Corte si pronunzia in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale, per quanto concerne l'interpretazione o la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione in questione, per la definizione della lite principale (...). Da queste riflessioni discende che il giudice nazionale, che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'art. 267, secondo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione?*”.

[25] Sulla responsabilità dello Stato membro per inosservanza degli obblighi comunitari v. CGUE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, e CGUE, 13 giugno 2006, C-173/03, *Tragbetti del Mediterraneo*.

[26] Cfr. E. D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia*, Torino, 2012; G. Raiti, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003. Sui temi in argomento si v. anche R. Conti, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” delle Corti di Cassazione a confronto*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2021, che interrogandosi sul dialogo pregiudiziale tra Corte di Cassazione e Corte di Giustizia dell'UE, afferma che “*la richiesta di rinvio crea un percorso virtuoso di avvicinamento del diritto comunitario a quelle tradizioni culturali comuni che costituiscono, come è noto, una delle basi fondamentali dei principi generali dell'ordinamento comunitario conosciuti, ancora una volta, dalla Corte di Giustizia?*”.

[27] Tra le molte pronunce si v. CGUE, 18 giugno 1991, causa C-369/89, *Piageme e a.*, punto 10; CGUE, 15 giugno 1995, procedimenti riuniti C-422/93, C-423/93 e C-424/93, *Teresa Zabala Erasun e Instituto Nacional de Empleo*, punto 14.

[28] M. A. Sandulli, *Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 2012. Si v. anche A. Barone, *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 557 ss..

[29] Sul nuovo volto del rinvio pregiudiziale, specie con riferimento alla giustizia amministrativa, degno di interesse è il recente contributo di S. Foà, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *federalismi.it*, 2021.

[30] L'espressione è di R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 2020. Si v. anche M. Clarich, *Giurisdizione: partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Norme e Tributi*, *Il sole 24ore*, 14 ottobre 2020.

[31] L'art. 111, comma 8, Cost. statuisce infatti che "Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

[32] La letteratura sul tema è copiosa, si rinvia pertanto *ex multis* agli ottimi lavori di A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018; A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 341 ss.; F. Francario, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2017; C. E. Gallo, *L'impugnazione in cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3; Id., *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, ora in F. Francario e M. A. Sandulli (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012; A. Panzarola, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1; P. Patrino, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016; A. Police e F. Chirico, *I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il Processo*, 2019, 1, 113 ss.; M. A. Sandulli, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in F. Francario e M. A. Sandulli (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018; M. A. Sandulli, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di «comportamenti» e sulla c.d. «pregiudiziale» amministrativa? Tra i due litiganti vince la «garanzia di piena tutela» (a primissima lettura in margine a Cass., sez. un., nn. 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 1; A. Travi, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *www.giustamm.it*, 2017; R. Villata, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss..

[33] CGUE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Reve*, in cui si afferma "In mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro il designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale".

[34] Con particolare riguardo al principio di autonomia procedurale si v. D. U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Ius publicum*, 2011; Ead., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; M. Gnes, *Verso la «comunitarizzazione» del diritto processuale nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 5, 524 ss.

[35] D. U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit.

[36] CGUE, 17 marzo 2016, C-161/15, *Bensada Benallal*, punto 24; CGUE, 21 gennaio 2016, C-74/14, *Eturas*, punto 32.

[37] R. Adam e A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, 357.

[38] R. Adam e A. Tizzano, cit., 357.

[39] Così Cass., Sez. Un. 1 marzo 2012, n. 3236.

[40] Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, 327, che riguardava un caso peculiare in quanto, prima che la sentenza del Consiglio di Stato passasse in giudicato (perché impugnata per motivi inerenti alla giurisdizione innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) era sopravvenuta l'interpretazione della Corte di Giustizia, sollecitata, in un caso analogo da altro giudice.

[41] Muovendo da tali decisive considerazioni le Sezioni Unite enunciano tale principio di diritto "In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'art. 111, ultimo comma, Cost. affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, 3° comma, Tfeue. Tuttavia, è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata

essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia'.

[42] Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Foro it.*, 2018, I, 1721, con nota di G. Sigismondi, *Questioni di giurisdizione in senso dinamico e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per cassazione: una via percorribile?*.

[43] Sul diniego di giurisdizione, tra tutti, v. F. Francario, *Diniego di giurisdizione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019.

[44] Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Foro it.*, 2018, I, 373.

[45] Per i commenti alla sentenza si v. F. Francario, *Diniego di giurisdizione*, cit.; A. Police e F. Chirico, «I soli motivi inerenti la giurisdizione», cit.; G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 122 ss.; P. Tomaiuoli, *L'"altolà" della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *www.giurcost.org*, 2018; A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 111 ss..

[46] Corte Cost., 26 maggio 2017, n. 123.

[47] Com'è noto, la Corte costituzionale, con la sentenza 7 aprile 2011, n. 113, ha riconosciuto l'esistenza dell'obbligo convenzionale di riapertura del processo penale allorché ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza della Corte EDU, e conseguentemente ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede una specifica ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna.

[48] Per un'esauritiva analisi si v. C. Contessa, *Giudicato amministrativo e vincoli CEDU*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018; F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza*, in *federalismi.it*, 2017; *Id.*, *Giudicato e revocazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018; C. Nardocci, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato civile e amministrativo. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2018; A. Police, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 646 ss.; A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2017, 460 ss.; I. Rossetti, *Stabilità giuridica contro revocazione: la Corte costituzionale chiude la partita*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 665 ss.; A. Travi, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1246.

[49] Sul tema non può non farsi riferimento alle riflessioni di P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, III ed.; *Id.*, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; *Id.*, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; *Id.*, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020. Per gli aspetti critici v. M. A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 e ss.

[50] P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, cit., 129.

[51] Si v. Cass., Sez. Un., 15 aprile 2020, n. 7839, che ha riconosciuto natura vincolante all'interpretazione fornita dalla sentenza della Corte costituzionale "in quanto dispiegata su una pura sostanza costituzionale". Cfr., *ex multis*, anche Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2018, n. 32773; Cass., Sez. Un., 20 marzo 2019, n. 7926; Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6460; Cass., Sez. Un., 21 agosto 2020, n. 17578.

[52] Per una breve illustrazione dell'ordinanza si permetta il rinvio a R. Pappalardo, *Sul ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per violazione del diritto europeo: le Sezioni Unite rimettono la questione alla Corte di Giustizia*, in *Foro amm.*, Osservatorio sulla Giustizia Amministrativa diretto da M. Lipari e M. A. Sandulli.

[53] CGUE, 5 settembre 2019, C-333/18.

[54] CGUE 5 aprile 2016, C-689/13.

[55] CGUE, 4 luglio 2013, C-100/12.

[56] Per tali aspetti, nonché per un approfondito esame delle questioni sottese si rinvia a A. Carratta G. Costantino e G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020; S. Barbareschi e A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU., 18 settembre 2020*,

n. 19598?, in *federalismi.it*, 2020; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020; G. Greco, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Enrojus*, 2020; M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Giustizia insieme*, 11 dicembre 2020; Id., *L'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: i rimedi previsti dal diritto dell'Unione europea, l'inammissibilità del ricorso in Cassazione e la revocazione ordinaria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021; B. Nascimbene e P. Piva, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2020; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 29 novembre 2020; Ead., *Corte di Cassazione, Sentenza n. 27770/2020, Le Sezioni Unite confermano il profilo di self restraint sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo nei confronti del legislatore*, in *federalismi.it*, 2020; P. Tomaiuoli, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica*, in *Consulta online*, 2020; A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foro News*, 12 ottobre 2020; G. Tropea, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020.

[57] M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., secondo cui non pare convincente la prospettata contrapposizione funzionale tra l'applicazione del diritto nazionale e quella del diritto europeo, perché entrambe le attività sono riconducibili ad una funzione giurisdizionale unitaria.

[58] Le Sezioni Unite ricordano, peraltro, che le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto le disposizioni normative pertinenti nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo sono state puntualmente rigettate. Si citano a tal proposito Corte Cost., 27 aprile 2018, n. 93 e Corte Cost., 2 febbraio 2018, n. 19.

[59] Si v. CGUE, 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol*, punto 64; nonché CGUE, 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, punti 82 e 83, in cui si precisa altresì che la Corte di Giustizia, per dare al giudice nazionale risposte utili, può fornire indicazioni, tratte dal fascicolo della causa principale come pure dalle osservazioni scritte ed orali sottoposte, idonee a mettere il giudice nazionale in grado di decidere.

[60] CGUE, *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 25 novembre 2016 (2016/C 439/01), e poi pubblicate nella nuova versione sulla Gazzetta Ufficiale dell'8 novembre 2019 (2019/C 380/01).

[61] Si v. Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 6059, secondo cui “questa Corte è pervenuta movendo dalla considerazione secondo cui l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo affatto teorico, in quanto - dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata - detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolvendosi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto”. In senso analogo, *ex multis*, Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2016, n. 1840; Cass., Sez. Un., 21 marzo 2017, n. 7157; Cass., Sez. Un., 20 aprile 2017, n. 9967; Cass., Sez. Un., 10 aprile 2017, n. 9147.

In dottrina v. R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”)*, in www.sipotra.it, 32, secondo cui “sembra cogliersi un particolare self restraint delle sez. un. nel sindacare una decisione giurisdizionale per invasione della sfera legislativa, nella consapevolezza che si tratta di un terreno scivoloso in cui, se non si vuole accedere alla tesi del giudice come “bocca della legge”, è innegabile che l'interpretazione della legge ha insito un margine di “creazione” della regola del caso concreto. E se tale “creazione” venisse stigmatizzata come “invasione di campo”, si perderebbe del tutto il confine tra “violazione di legge” e “invasione della competenza legislativa””.

[62] Così M.A. Sandulli, *Guida alla lettura*, cit.. Si v. anche M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., secondo cui inoltre “Va ricordato, comunque, che la CGUE, nello spettro fisiologicamente limitato del proprio giudizio, ben potrebbe attestarsi sulla rappresentazione fornita dal giudice remittente. Dunque, non è da escludere che la CGUE possa anche affermare, in via ipotetica, che se, effettivamente, la Cassazione ha consolidato un singolare indirizzo interpretativo penalizzante il diritto UE, il sistema processuale nazionale italiano deve essere riallineato, consentendo il ricorso per cassazione diretto a censurare una violazione del diritto UE alle medesime condizioni previste per la proposizione del ricorso che lamenti la trasgressione del diritto nazionale. Una eventuale pronuncia di tale contenuto, tuttavia, sarebbe inutiliter data, dal momento che l'ipotizzata mancanza di equivalenza non sembra sussistere nella realtà”.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1531 - 4 febbraio 2021

Strumentalità dell'accesso difensivo e sindacato giurisdizionale: osservazioni alla luce della normativa sulla trasparenza (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 31 dicembre 2020, n. 8543)

di Ippolito Piazza

Sommario: 1. La vicenda e le ragioni di interesse della pronuncia. – 2. La strumentalità dell'accesso difensivo e il relativo sindacato giurisdizionale. – 3. I limiti all'accesso nell'attuale contesto normativo. – 4. Osservazioni conclusive.

1. La vicenda e le ragioni di interesse della pronuncia

La sentenza in commento consente di tornare a riflettere sui limiti del diritto di accesso, in particolare di quello c.d. difensivo^[1], alla luce dell'attuale quadro normativo sulla trasparenza amministrativa. Il Consiglio di Stato riafferma, infatti, la natura strumentale del diritto d'accesso ex artt. 22 e ss., l. n. 241/1990, che spetta soltanto a coloro che se ne possano «avvalere per tutelare una posizione giuridicamente rilevante». Tuttavia, nella pronuncia, il giudice amministrativo si spinge a sindacare le esigenze difensive che hanno mosso il privato a richiedere l'accesso ai documenti detenuti dall'amministrazione. Si tratta di un orientamento che sembra consolidarsi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato^[2] e che desta, però, alcune perplessità. Occorre infatti domandarsi se tale sindacato sia ammesso dalla legge, ed eventualmente entro quali limiti.

Per farlo, sarà utile tener conto non solo della disciplina dell'accesso documentale, ma anche di quella sull'accesso civico (artt. 5 e 5-bis, d.lgs. n. 33/2013): attraverso il diritto di accesso civico generalizzato si realizza, infatti, il principio della «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni», con il solo limite della tutela di interessi

pubblici o privati indicati dal legislatore^[3], circostanza che può influire, come si dirà, sull'intera materia dell'accesso.

Prima di tutto è, però, necessario ripercorrere brevemente la vicenda oggetto della controversia, per metterne a fuoco gli elementi rilevanti.

La controversia nasce da una richiesta di accesso presentata, in base agli artt. 22 e ss. l. n. 241/1990, da una società che chiedeva all'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) di ottenere gli atti di un procedimento che si era concluso con la stipula di accordi negoziali tra la stessa AIFA e altre imprese farmaceutiche. Tra la società istante e l'AIFA era già in corso un giudizio, pendente innanzi al Tar Lazio, avente per oggetto la legittimità del diniego di AIFA di attribuire ad alcuni medicinali importati la classe di rimborsabilità "A" (che comporta il rimborso a carico del SSN) e lo stesso prezzo al pubblico determinato per il farmaco originator corrispondente (cioè il farmaco originale equivalente e già in commercio nel nostro paese). In particolare, AIFA aveva ritenuto che l'ingresso dei medicinali nella classe "A" dovesse essere necessariamente subordinato alla conclusione di un accordo negoziale con l'impresa interessata, come avvenuto per le altre imprese importatrici.

A seguito del diniego opposto da AIFA alla istanza di accesso, la società interessata ha proposto ricorso ex art. 116 c.p.a. per veder accertato il proprio diritto ad accedere sia agli atti procedurali prodromici che agli accordi negoziali stipulati tra AIFA e le altre imprese importatrici. In primo grado, il Tar Lazio ha accolto in parte il ricorso, limitando il diritto di accesso agli atti procedurali ed escludendo, di conseguenza, gli accordi negoziali.

AIFA ha quindi proposto ricorso in appello, ritenendo che tutta la documentazione richiesta debba essere esclusa dall'accesso, sia perché la richiedente difetterebbe di un interesse diretto, concreto e attuale rispetto a documenti che non sarebbero di alcuna utilità rispetto al giudizio pendente; sia perché tali documenti conterrebbero informazioni commerciali riservate di imprese concorrenti, informazioni peraltro coperte dalle clausole di riservatezza inserite negli accordi negoziali stipulati con la stessa AIFA.

Due sono i punti principali sui quali concentrare l'analisi della pronuncia: in primo luogo, la strumentalità dell'accesso documentale rispetto alla difesa di interessi giuridici e il rispettivo sindacato giurisdizionale; in secondo luogo, i limiti al diritto d'accesso e la valenza delle clausole di riservatezza.

2. La strumentalità dell'accesso difensivo e il relativo sindacato giurisdizionale

L'evoluzione normativa ha visto accentuare nel tempo le caratteristiche di strumentalità dell'accesso documentale, introdotto con la l. n. 241/1990^[4]. La versione originaria della legge stabiliva infatti che il diritto d'accesso fosse riconosciuto a «chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti». In seguito alle modifiche apportate dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, l'art. 22 della l. n. 241/1990 oggi stabilisce che il diritto d'accesso spetti a coloro che abbiano un interesse «diretto concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso». In aggiunta, sempre con la novella del 2005, il legislatore ha escluso che l'accesso documentale possa servire a un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni (art. 24, c. 3).

Così facendo, il legislatore ha chiarito che il diritto d'accesso della l. n. 241/1990 è uno strumento di difesa per i titolari di situazioni giuridiche soggettive collegate al documento richiesto, non invece un mezzo utilizzabile da ogni cittadino per soddisfare un generico bisogno di conoscenza legato all'attività della pubblica amministrazione.

Il 'vuoto' così determinato è stato colmato, come noto, dall'introduzione delle forme di accesso civico, prima quello c.d. semplice[5], relativo ai documenti per i quali la legge prevede un obbligo di pubblicazione, e poi quello c.d. generalizzato, che consente a chiunque (senza particolari requisiti di legittimazione) di richiedere all'amministrazione – in via di principio – ogni dato o documento da essa detenuto[6].

La coesistenza di tre forme generali di diritto d'accesso[7] ha comportato, in sede interpretativa, la necessità di coglierne le rispettive differenze. Ciò è valso soprattutto per il diritto d'accesso documentale e quello civico generalizzato, poiché essi condividono, in larga misura[8], lo stesso oggetto. La giurisprudenza amministrativa si è, quindi, orientata nel senso di ritenere che l'accesso documentale sia meno *esteso* ma più *profondo* di quello civico generalizzato[9]. Pur nella difficoltà di individuare l'esatto contenuto di questa differenza[10], l'idea di base è che l'accesso della l. n. 241/1990 garantisca maggiormente la pretesa conoscitiva del ricorrente, poiché non è sufficiente, al fine di escludere l'accesso, che l'ostensione del documento generi un pregiudizio a uno degli interessi tutelati dalla legge.

L'art. 24 prevede, infatti, una serie di casi nei quali l'accesso debba essere negato (sia a tutela di interessi pubblici come la sicurezza e l'ordine pubblico, sia a tutela di interessi privati come la vita o la riservatezza delle persone): tuttavia, il comma 7 dello stesso articolo stabilisce che l'accesso debba «comunque essere garantito ai richiedenti», quando la conoscenza del documento sia «necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici». Al contrario, la normativa sull'accesso civico non prevede un simile criterio di prevalenza del diritto a conoscere, ma rimette all'amministrazione la valutazione dell'esistenza di un pregiudizio concreto agli interessi pubblici e privati individuati dall'art. 5-bis, di per sé sufficiente a escludere l'accesso[11].

Ebbene, di fronte a questo quadro normativo e sulle orme di un indirizzo costante, la sentenza in esame ribadisce che l'accesso ex art. 22, l. n. 241/1990 ha carattere strumentale ed è, pertanto, consentito solo a chi possa «dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, anche indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica». Si tratta di una strumentalità da intendere in senso ampio: la legittimazione all'accesso non va riconosciuta solo a coloro che vogliano servirsi dei documenti per la difesa in giudizio della situazione giuridica sottostante, ma è «sufficiente la dimostrazione del grado di protezione al bene della vita dal quale deriva l'interesse ostensivo»; non sono, invece, ammesse istanze volte alla cura di un interesse meramente emulativo o potenziale[12].

Nell'esaminare l'interesse della ricorrente rispetto ai documenti richiesti, il Consiglio di Stato compie però, nel caso di specie, una valutazione che appare eccessivamente sommaria. Il massimo giudice amministrativo si limita, infatti, a sostenere che la ricorrente difetta di un interesse concreto e attuale, dal momento che la stessa, «secondo la prospettazione sostenuta in giudizio, ha ritenuto non necessaria la negoziazione dei prezzi dei farmaci di importazione parallela e, dunque, non si comprende come possa rilevare, a fini di difesa, la conoscenza

degli accordi conclusi da AIFA con le altre società farmaceutiche e la conoscenza degli atti del relativo procedimento».

Non v'è dubbio che la ricorrente stia difendendo i propri interessi giuridici, avendo già instaurato – al momento della istanza di accesso – un giudizio di fronte al Tar Lazio, riguardante la legittimità di alcuni provvedimenti emanati da AIFA. La fattispecie ricade, quindi, certamente nell'ambito applicativo dell'art. 24, c. 7, l. n. 241/1990, che anzi parla genericamente di 'cura', oltre che di difesa, dei propri interessi^[13]. Per negare il nesso di strumentalità dell'accesso, il Consiglio di Stato si spinge allora a sindacare l'utilità dei documenti richiesti rispetto alla strategia difensiva della ricorrente, ravvedendo una contraddizione tra il contenuto dei documenti e la condotta processuale. È facile intuire che si tratti di un terreno scivoloso, nel quale potrebbe finanche rilevare l'art. 24 Cost.: l'affermazione del Consiglio di Stato non sembra infatti capace di esaurire tutto lo spettro dei possibili utilizzi difensivi dei documenti richiesti^[14]. Senza considerare che è «irragionevole pretendere di anteporre il momento della costruzione della strategia difensiva a quello della conoscenza degli elementi necessari per la sua elaborazione»^[15].

Soltanto in subordine, il Consiglio di Stato valuta invece se il contenuto dei documenti richiesti (atti procedurali propedeutici e accordi negoziali stipulati da AIFA con altre imprese) sia lesivo degli interessi delle imprese concorrenti. Di questo profilo si tratterà nel prossimo paragrafo.

Qui è importante sottolineare come, a fronte del chiaro disposto del comma 7 dell'art. 24 («Deve comunque essere garantito...»)^[16], che fa prevalere l'esigenza conoscitiva di chi debba tutelare propri interessi giuridici rispetto agli eventuali pregiudizi ad altri interessi tutelati, la giurisprudenza, per negare l'accesso, faccia leva sulla assenza di legittimazione del richiedente^[17] e arrivi, per questa strada, a sindacarne le esigenze difensive. La ragione che muove i giudici amministrativi sembra chiara: intendendo la legittimazione dell'accesso documentale in senso ampio e tenendo conto della clausola di prevalenza dell'art. 24, c. 7, vi è il rischio che l'accesso debba sempre essere permesso a chi sia titolare di un interesse giuridicamente rilevante, con un conseguente arretramento nella tutela degli interessi contrapposti (dalla riservatezza agli interessi commerciali, fino all'ordine pubblico). Di conseguenza, i giudici sono spinti a sindacare la strumentalità dell'accesso rispetto alle esigenze difensive dei richiedenti^[18].

Il ragionamento è indubbiamente fondato sull'interpretazione della l. n. 241/1990 ma, nel quadro attuale, non si può ignorare l'esistenza di una forma di accesso che prescinde da qualsivoglia requisito legittimante in capo al richiedente. Viene cioè naturale domandarsi che cosa sarebbe successo se l'istanza d'accesso fosse stata presentata ai sensi dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013. In tal caso, l'amministrazione e il giudice avrebbero potuto unicamente valutare se i documenti richiesti (o anche solo parti di essi) potessero causare un pregiudizio concreto agli interessi commerciali delle imprese coinvolte.

È vero che la giurisprudenza formatasi dopo l'introduzione dell'accesso generalizzato ha sostenuto che i diversi diritti d'accesso non siano sovrapponibili e non corrispondano a un «unico diritto soggettivo globale di accesso»^[19], bensì costituiscano un insieme di garanzie differenziate per finalità, metodi di approccio alla conoscenza e livelli soggettivi di pretesa alla trasparenza^[20]. Si deve però tener conto della recente pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato^[21], che ha sostenuto una tesi almeno in parte diversa: quella cioè per

cui «il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato (...) non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione».

Insomma, nell'attuale regime di trasparenza, che consente a chiunque di conoscere ogni dato o documento detenuto dalla pubblica amministrazione, con le uniche eccezioni dovute alla tutela di interessi rilevanti individuati dal legislatore, è su queste ultime che occorrerebbe concentrare l'attenzione.

3. I limiti all'accesso nell'attuale contesto normativo

Solo dopo aver escluso che la ricorrente sia titolare di un interesse concreto alla conoscenza dei documenti richiesti, il Consiglio di Stato si occupa dei possibili limiti alla loro conoscibilità. Gli accordi negoziali dei quali era richiesta la visione^[22] includevano infatti una clausola di riservatezza. Ad avviso dei giudici, la clausola è «valida e vincolante in relazione agli interessi commerciali dell'impresa controinteressata» e può essere opposta alla richiedente, che potrebbe altrimenti avvalersi dei dati contenuti nell'accordo a fini concorrenziali. Inoltre, secondo la sentenza, tale pattuizione consente legittimamente all'amministrazione di sottrarre all'accesso anche gli atti procedurali propedeutici all'accordo, perché la conoscenza dei primi rivelerebbe il contenuto del secondo, vanificando l'impegno alla riservatezza.

La clausola di riservatezza non viene, però, espressamente ricondotta a una delle ipotesi di esclusione dell'accesso previste dall'art. 24, l. n. 241/1990, così da indurre a pensare che, in sede negoziale, l'amministrazione pubblica possa sottrarre alcuni atti all'accesso (sia documentale, come nel caso di specie, che civico). Una conclusione così netta non sembra ammissibile: da un lato, non esiste una norma che vieti l'apposizione di una simile clausola; dall'altro, però, i limiti all'accesso sono stabiliti da norme di legge. Secondo un condivisibile orientamento del Consiglio di Stato, la clausola di riservatezza non può porsi in contrasto con norme imperative^[23]: ciò significa che la clausola è valida se compatibile con le esclusioni previste dall'art. 24, l. n. 241/1990, che contempla, tra i casi di sottrazione all'accesso, anche quelli relativi alla salvaguardia degli interessi finanziari, industriali e commerciali delle imprese (art. 24, c. 6, lett. d); inoltre, la validità della clausola di riservatezza «non esime (...) il collegio da un controllo di meritevolezza della stessa, avuto riguardo all'interesse al buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione»^[24].

Si può pertanto affermare che l'esistenza di una clausola di riservatezza non escluda, di per sé, l'accesso ai documenti ma occorra invece valutare quali parti dell'accordo (e, ancor più, degli atti procedurali prodromici) siano lesivi degli interessi dei contraenti e quali, invece, possano essere rese pubbliche. Non bisogna infatti dimenticare che la legge consente una ostensione parziale dei documenti: ai sensi dell'art. 24, c. 5, i documenti possono essere sottratti all'accesso «solo nell'ambito e nei limiti» della connessione con gli interessi protetti dalle esclusioni del comma 1 (parallelamente, l'art. 5-bis, c. 4, d.lgs. n. 33/2013 prevede che se i limiti all'accesso civico riguardano solo alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti). Nella sentenza, invece, nessuna menzione viene fatta dell'accesso parziale, né, conseguentemente, di quali informazioni concretamente siano lesive degli interessi commerciali.

4. Osservazioni conclusive

A più di trent'anni dalla sua introduzione, il diritto d'accesso continua a porre problemi all'interprete, a conferma della vitalità dello strumento e del costante bisogno di trasparenza manifestato dai privati, sia come portatori di uno specifico interesse giuridico, che come cittadini. La problematicità dell'istituto è certamente accentuata dalla stratificazione normativa, che ha via via affiancato all'accesso documentale della l. n. 241/1990 altre forme di accesso, sia speciali che generali. In particolare, la sentenza in commento mostra come la attuale configurazione dell'accesso documentale, come diritto 'più resistente' di fronte a possibili contro-interessi, porti il giudice amministrativo a sindacare i requisiti di legittimazione del richiedente^[25], più che l'eventuale pregiudizio prodotto dall'ostensione dei documenti. Questo perché la legge configura l'accesso documentale come «comunque» prevalente, quando la conoscenza dei documenti sia necessaria alla tutela di un interesse giuridico. Si tratta di una strada non priva di inconvenienti: in primo luogo, il giudice può spingersi, come nel caso che ci interessa, a sindacare la necessità di un documento per la strategia difensiva del richiedente, giudizio di per sé complesso e ragionevolmente riservato a quest'ultimo; in secondo luogo, in un'ottica sistematica, l'ordinamento offre oggi uno strumento che prescinde dalla legittimazione del richiedente e che guarda solo all'esistenza di contro-limiti all'accesso; uno strumento, peraltro, non necessariamente meno forte dell'accesso documentale^[26]. Utile potrebbe essere allora la valorizzazione di quella giurisprudenza che, anziché negare in radice l'accesso difensivo per assenza di legittimazione del richiedente, ricerca un temperamento con la tutela di contro-interessi attraverso l'oscuramento parziale dei documenti^[27]. Può infatti accadere che non tutti i dati, il cui rilascio è potenzialmente lesivo di contro-interessi, siano altresì necessari alla difesa degli interessi del richiedente.

[1] Sul quale si veda anche la recente Cons. Stato, ad.plen., 25 settembre 2020, n. 19, in merito ai rapporti tra diritto d'accesso e strumenti di acquisizione probatoria nel processo civile; per un commento alla sentenza, M. Ricciardo Calderaro, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale*, in questa Rivista.

[2] Si veda, per esempio, Cons. Stato, sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213.

[3] Si vedano, in particolare, gli artt. 1, 5 e 5-bis del d.lgs. n. 33/2013, come modificati dal d.lgs. n. 97/2016. In particolare, sulle novità introdotte nel 2016, v. M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss; M.A. Sandulli, L. Droghini, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *Federalismi.it*, 19/2020, 401 ss. Più in generale, nell'ampia bibliografia sull'accesso civico, ci si limita a segnalare G. Gardini, M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Bilancio a tre anni dall'introduzione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2019, A. Corrado, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018, spec. cap. VII e i contributi di M. Savino, N. Vettori, A. Moliterni, I. Piazza, F. Manganaro, M. De Rosa – B. Neri, M. Filice apparsi in *Dir. Amm.*, 3 e 4/2019.

[4] Su questa evoluzione, v. F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, n. 10/2019, 9 ss.

[5] Art. 5, c. 1, d.lgs. n. 33/2013.

[6] Art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013.

[7] Alle quali si aggiungono i diritti di accesso previsti dalle discipline di settore, come l'accesso ambientale (d.lgs. 19 agosto, n. 195) e quello in materia di contratti pubblici (art. 53, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

[8] La coincidenza dell'ambito applicativo non è completa, dal momento che l'accesso documentale ha per oggetto i «documenti amministrativi» (art. 22, c. 1, lett. d; nozione da intendersi comunque in senso ampio), mentre l'accesso civico generalizzato può essere rivolto «ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni» (art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013).

[9] Tra altre, Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 651, Tar Lazio, sez. I, 8 marzo 2018, n. 2628. Nello stesso senso si esprimono del resto le Linee guida Anac (delib. n. 1309 del 28 dicembre 2016), previste dall'art. 5-bis, c. 6, d.lgs. n. 33/2013, secondo cui il bilanciamento tra gli interessi in gioco è diverso nei due tipi di accesso, perché nel caso della l. n. 241/1990 «la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti», mentre per l'accesso generalizzato «le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni».

[10] Sul punto, F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit., spec. 8.

[11] Sui limiti all'accesso civico generalizzato, M. Filice, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Dir. Amm.*, 4/2019, 861 ss.

[12] Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2018, n. 3938. Si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 249. Sull'interesse legittimante l'accesso, A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1219 ss.

[13] Ben diverso è dunque, sotto questo profilo, il caso di specie da quello affrontato da Cons. Stato, 17 marzo 2017, n. 1213, sempre riguardante l'accesso ad accordi negoziali stipulati da AIFA con imprese terze, ma nel quale la richiedente non aveva instaurato «giudizi o procedimenti utili per la difesa della posizione giuridica di base al di là di assai generici richiami "a criticità di natura concorrenziale" formulati ai fini della domanda di accesso».

[14] Del resto, la giurisprudenza afferma solitamente che l'accesso difensivo «va valutato *ex ante* ed in astratto, e non già con riferimento alla pertinenza nel merito dei documenti individuati dall'interessato, dato che la concreta valutazione della rilevanza e pertinenza della documentazione ai fini del giudizio cui accede la richiesta va apprezzata nell'ambito di quest'ultimo»: Tar Trento, sez. I, 15 luglio 2020, n. 115.

[15] F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit., 23.

[16] Si veda nuovamente F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit., 19, secondo cui «Una volta espunta la figura dell'accesso civico dall'impianto della legge 241, l'importanza sistematica della norma recata dal citato settimo e ultimo comma dell'art. 24 deve essere necessariamente riconsiderata»; essa diventa cioè una ipotesi «tipica», nella quale la legge prevede che l'accesso prevalga e, quindi, «perché venga impedito è necessario che si contrapponga un interesse di "pari rango", che vi sia cioè una eccezione espressamente contemplata sul piano normativo; e non già una semplice esigenza discrezionalmente apprezzabile da parte della pubblica amministrazione».

[17] Come già evidenziato da F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit., 22 s., che parla, riguardo alla giurisprudenza sulla riservatezza commerciale e industriale, di «una tendenza a riappropriarsi dei margini di valutazione discrezionale con riferimento al giudizio di necessità della conoscenza per la difesa della situazione soggettiva, con il rischio di assoggettare nuovamente ad un bilanciamento con i contrapposti interessi, sotto un diverso profilo, l'esigenza defensionale».

[18] Un esito di questo tipo era stato prefigurato da A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, cit., 1220.

[19] Tra tante, Tar Puglia, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 231.

[20] Cons. Stato, sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631.

[21] Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, sulla quale v. A. Moliterni, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2020, 505 ss.

[22] Gli accordi, di per sé, non sono sottratti all'accesso, stante la nozione ampia di documento contenuta nella legge: l'art. 22, c. 1, lett. d), l. n. 241/1990 stabilisce infatti che per «documento amministrativo» debba intendersi «ogni rappresentazione (...) del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale».

[23] Per la natura imperativa delle norme sull'accesso v. anche Tar Lazio, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9437.

[24] Cons. Stato, 17 marzo 2017, n. 1213: nel caso specifico, la clausola di riservatezza era ritenuta utile non solo a tutelare gli interessi commerciali del privato, ma anche l'interesse pubblico al buon andamento, poiché la segretezza degli accordi avrebbe potuto consentire un risparmio per l'amministrazione nelle future contrattazioni con altre imprese.

[25] In alcune pronunce in materia di segreti industriali, il Consiglio di Stato utilizza, per esempio, il più stringente canone della «stretta indispensabilità» dei documenti richiesti al fine di tutelare i propri interessi giuridici (Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451 e 17 aprile 2020, n. 2449), canone che l'art. 24, c. 7 riferisce però solo al caso di richiesta di documenti contenenti dati sensibili o giudiziari.

[26] Secondo Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, non si può escludere che «un'istanza di accesso documentale, non accoglibile per l'assenza di un interesse attuale e concreto, possa essere invece accolta sub specie di accesso civico generalizzato».

[27] V. Tar Veneto, sez. III, 26 luglio 2019, n. 894 e, soprattutto, Tar Lazio, sez. I, 4 febbraio 2020, n. 1470 («Al fine di garantire l'esigenza di cura e difesa degli interessi giuridici della parte ricorrente, contemplata dall'art. 24, comma 7, della L. n. 241/1990, le legittime esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica manifestate dall'amministrazione resistente possono essere adeguatamente preservate ricorrendo ad accorgimenti divulgativi - che l'Ufficio competente potrà in essere - tali da escludere o "mascherare" ogni indicazione contenuta nell'informativa diversa dalla identificazione dei soggetti controindicati frequentati dal ricorrente - che involga valutazioni, giudizi, riferimenti e considerazioni funzionali alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1711 – 7 maggio 2021

Amara Sicilia e bella. *Iudicis ad memoriam Livatini*

di Pier Luigi Portaluri

Sommario: 1. I fatti di causa e il ricorso al Tar Palermo - 2. Il giudizio di prime cure - 3. La sentenza del Consiglio di giustizia in commento - 4. Casa Livatino e vincolo testimoniale - 5. Di una sottrazione al divenire: i semiòfori.

1. I fatti di causa e il ricorso al Tar Palermo

Dopo la barbarie mafiosa del 21 settembre 1990, con un decreto del 2015 l'Assessorato regionale dei beni culturali e dell'identità siciliana dichiara «di interesse storico, artistico, architettonico ed etnoantropologico particolarmente importante» la casa dove, a Canicattì, la famiglia di Livatino viveva.

Il padre del «Giudice ragazzino» era scomparso nel 2010, per cui – «in assenza di ulteriori eredi che della famiglia Livatino conservassero il nome»^[1] – l'immobile era pervenuto in eredità al soggetto ricorrente: il quale, ricevuto quel decreto di vincolo, lo impugna innanzi al TAR Palermo^[2].

Due ordini di censure.

Anzitutto deduce che l'Assessorato non avrebbe preso in considerazione le osservazioni endoprocedimentali della ricorrente.

Ma è col secondo ordine di doglianze che si entra nel vivo della vicenda.

Il ricorrente ritiene infatti che «l'immobile non presenterebbe alcuno dei requisiti richiesti dalla normativa vigente per la dichiarazione di interesse storico, artistico, architettonico ed etnoantropologico particolarmente importante, sia sotto il profilo del valore culturale, sia con riferimento all'assenza di pregio dei beni mobili presenti all'interno dell'immobile»[3]: di qui l'asserita violazione degli artt. 10, comma 3, lett. *a)* e *d)* e 13, d.lgs. n. 42/'04.

2. Il giudizio di prime cure

Il Tar Palermo dapprima sospende il decreto impositivo atteso il «mancato esame delle osservazioni presentate dalla ricorrente, alle quali il provvedimento impugnato non fa il minimo cenno»[4]: dispone quindi per il riesercizio del potere.

Ma l'Assessorato non riadotta un nuovo decreto e sceglie invece la strada della difesa meritale del provvedimento.

La strategia è vincente. In sentenza[5] il primo Giudice cambia infatti idea e aderisce espressamente alla tesi sostanzialistica per cui – in caso di omessa considerazione degli apporti difensivi – la violazione delle norme sul contraddittorio non rileva se gli interessati non provano o non forniscono elementi, «ancorché indiziari, ma certi, precisi ed univoci che quella violazione o omissione non ha consentito la completa emersione degli interessi privati in conflitto ed il conseguente corretto, adeguato e completo accertamento del substrato materiale (e giuridico) su cui avrebbe inciso con i propri effetti il provvedimento amministrativo; sotto tale angolazione non si richiede che dal provvedimento stesso risultino formalmente esaminate le memorie e i documenti depositati nel corso del procedimento, ma che una tale valutazione sia stata sostanzialmente compiuta».

La censura di diritto procedimentale è dunque superata e il Tar può esaminare le doglianze sostanziali.

Al giudice territoriale bastano pochi passaggi ricostruttivi per accertare la legittimità del decreto regionale e dunque respingere il ricorso: la relazione che accompagna il provvedimento, e che ne è parte integrante, motiva in modo adeguato la scelta vincolistica.

Vediamo il percorso argomentativo.

Un primo profilo è meno convincente. Piuttosto debole. Concerne l'interesse storico-artistico particolarmente importante dell'immobile in sé *ex art. 10, comma 3, lett. a)*, cit.: il giudice territoriale si limita a validare in modo abbastanza cursorio la relazione citata, dove la casa della famiglia Livatino «viene collocata temporalmente e storicamente dal punto di vista architettonico, nella parte in cui la stessa si fa risalire alle fine dell'ottocento senza interventi di ristrutturazione e con la presenza delle finiture originarie».

È vero, precisa subito prima il Tribunale rifacendosi al diritto vivente, che «...il giudizio, che presiede all'imposizione di una dichiarazione di interesse (c.d. vincolo) culturale, è connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecnico-scientifiche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari (della storia,

dell'arte e dell'architettura) caratterizzati da ampi margini di opinabilità». Ma di contro – osserviamo noi – una motivazione così vaga e stereotipa sul punto sarebbe *bonne à tout faire*.

Tutto questo conta poco, per fortuna. Il cuore della decisione è ovviamente altrove, nel secondo profilo motivazionale: ed è tutto – sottolinea il giudice di prime cure – nel «riferimento all'insieme dei beni complessivamente considerati (immobili e mobili) in quanto la p.a. ha ritenuto detti beni espressione di valori storico-culturali simbolici, e di un valore sociale connesso non tanto ai beni mobili in sé considerati, quanto piuttosto al valore simbolico che gli stessi assumono per le generazioni, anche in funzione di stimolo per la coscienza sociale e culturale di un determinato contesto storico». Valenza culturale, peraltro, che nella ricordata relazione tecnica allegata al decreto è attestata dal fatto che «tale dimora è luogo di incontro di associazioni antimafia [...] il che implica l'attualità del collegamento con l'aspetto culturale inteso in senso ampio»[6].

3. La sentenza del Consiglio di giustizia in commento

Il soggetto proprietario appella la sentenza davanti al Consiglio di Giustizia, che tuttavia conferma[7] la pronuncia del TAR.

Il Consiglio di Giustizia scrive una sentenza particolarmente *ariosa*.

Ci parla in toni vividi di quel mattino tragico, dei quattro sicari che uccisero Livatino ad appena 38 anni per ordine della stidda agrigentina; di come quel delitto avesse avuto anche l'effetto di aiutare il risveglio delle coscienze nell'impegno contro la mafia. Si spinge anche oltre, il giudice. Un tocco polemico: nell'esaltare di Livatino «l'impegno morale ed etico coltivato esclusivamente nel lavoro e nella riservatezza», sottolinea che in tal modo esso «assumeva valenze ulteriori a confronto delle deviazioni cui era andato incontro un certo modo di intendere e praticare l'iniziativa contro la mafia nella regione siciliana»[8].

Non manca in sentenza l'accento al processo di beatificazione, che peraltro si concluderà fra pochissimi giorni, il prossimo 9 maggio 2021: per la Chiesa – ricorda il Consiglio – quel delitto è un *martyrium in odium fidei*[9].

Poi la descrizione – insistita – della casa di Livatino, degli arredi, delle semplici cose appartenutegli[10].

Infine – sempre tratta dalla relazione di accompagnamento al decreto – la conclusione: «la dimora del giudice Livatino, con i suoi ricordi, scritti autografi, foto ed effetti personali, preservata nel tempo nella sua immobile integrità dai genitori, custodi e artefici degli insegnamenti che costituiscono i capisaldi della figura umana ed istituzionale dell'uomo Livatino, rappresentano oggi la memoria storica su cui incentrare una azione di sensibilizzazione e divulgazione di valori fondanti come il perseguimento della legalità, la ricerca della giustizia, il compimento del proprio dovere, tutti valori che concorrono alla costruzione di una società migliore».

Questo indugiare non è superfluo, nel *ductus* della decisione. Ne è anzi la base fondativa.

Tralascio qui le doglianze appellatorie di diritto procedimentale: il Consiglio le rigetta muovendosi sostanzialmente nella scia del TAR.

Più interessanti sono invece le considerazioni meritali. Il CGA muove, ancora una volta, dal contenuto dell'atto impugnato, condividendolo (come vedremo): Casa Livatino – aveva sostenuto la relazione assessorile – è un «connubio tra valenza architettonica e preziosa testimonianza di memoria storica e di avvenimenti socio-politici caratterizzanti il territorio di Agrigento e della sua provincia», come tale tutelabile in base all'art. 10, comma 3, lett. *a)* e *d)*. Per cui – afferma l'Assessorato siciliano – quella dimora è un bene culturale «particolarmente importante».

Per il nostro giudice d'appello si tratta quindi di «calibrare il valore semantico del termine “bene culturale”».

A questo fine, richiamato il concetto di patrimonio culturale introdotto dal Codice e la conseguente bipartizione in beni paesaggistici e culturali, la sentenza afferma che tra i caratteri comuni a tutti i beni culturali quello che rileva nel nostro caso è il carattere dell'*immaterialità*, intesa come l'attitudine a essere «testimonianza di superiori valori di civiltà». I valori – prosegue la pronuncia – «si incardinano inscindibilmente nel bene materiale, ed il bene diventa radice ed espressione di una *significazione altra* che non si identifica con il supporto materiale ma rimanda ai valori ed ai principi che in dato momento storico guidano l'evoluzione della società». E ancora: «il valore storico dei beni oggetto del presente procedimento origina dal loro *valore simbolico* e si colora di indubbi significati etici»^[11].

«Immaterialità». «Significazione altra». «Simbolo»^[12]. Concetti sui quali devo ora soffermarmi.

4. Casa Livatino e vincolo testimoniale

Volgiamoci^[13] allora alla norma centrale, quella con cui s'apre il capo sui beni culturali: l'art. 10 del codice^[14]. Per garantire la tutela dei beni oggetto della nostra vicenda l'Assessorato siciliano ne ha utilizzato sopra tutto il comma 3, lett. *d)*^[15], concernente «le cose immobili e mobili^[16], a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la *storia politica*, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose»^[17].

Questi beni non devono presentare un interesse storico o artistico *in sé*. Sono rilevanti per un altro aspetto, per il loro *legame* con un evento storico o con una specifica epoca della civiltà: condizione sufficiente perché il bene sia vincolato.

I presupposti per l'imposizione del vincolo qui sono, in primo luogo, l'esistenza di un fatto della storia e della cultura collegabile al bene; poi, l'importanza particolare che la cosa assume per effetto del riferimento a quel fatto storico-culturale.

È il c.d. vincolo testimoniale (o storico-relazionale), sintagma molto elegante al quale la giurisprudenza ha attribuito carattere di specificità: «il vincolo appena descritto si distingue

tradizionalmente da quello previsto in generale dallo stesso art. 10 a tutela delle cose di ‘interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico’. Si afferma infatti, in sintesi estrema, che la cosa di interesse per riferimento con la storia di per sé non rivestirebbe alcun interesse culturale, ma lo assume nel caso concreto, perché collegata ad un qualche evento passato di rilievo: si fa l’esempio di un oggetto di fattura comune e di nessun pregio artistico, che però fosse caro al personaggio celebre che ne era proprietario. In questo senso si esprimono anche, in termini generali, le sentenze della Sezione 22 maggio 2008 n. 2430 e 24 marzo 2003 n. 1496, che si citano perché di rilievo, e riguardano due casi nei quali il vincolo in questione era stato apposto su un bene immobile. [...] Nei termini descritti, si osserva che il riferimento con la storia non necessariamente coinvolge fatti di particolare importanza, potendo essere sufficiente anche il ricordo di eventi della storia locale, come appunto la valorizzazione di un quartiere in precedenza disagiato, ovvero della storia minore, cui rimandano le mappe di un tratto di campagna. Si tratta però pur sempre di fatti specifici, bene individuati come tali. Si potrebbe anzi affermare che proprio in questo carattere specifico sta la differenza fra il vincolo in esame e quello storico-artistico, dato che, all’opposto, i valori artistici sono espressione del generico gusto di un’epoca, non necessariamente ricollegabile a fatti determinati»^[18].

Il profilo d’importanza storica si colloca al di fuori del bene e prescinde da un requisito di vetustà del bene stesso^[19]: il vincolo potrebbe essere applicato – come nel nostro caso – anche a beni di fattura recente, ma che meritano tuttavia di esser comunque tutelati a motivo del loro collegamento con fatti storici *specifici*.

5. Di una sottrazione al divenire: i semiòfori

Il riferimento alla storia *politica*, peraltro indipendente – come abbiamo appena visto – da una determinata data di costruzione del manufatto, rende questa norma di notevole rilievo per noi.

In base alla lett. *d*) in esame, infatti, la dichiarazione *ex art.* 13 del codice può riguardare un bene privato o pubblico, di realizzazione remota o moderna, pregevole o meno: nulla di tutto ciò rileva, ma solo l’esser protagonista o testimone di un accadimento cui si possa oggettivamente annettere rilievo storico-politico.

La natura puramente *relazionale* di questa tipologia di vincolo, e la vastità indefinita del parametro di valutazione cui esso appunto si riferisce e quindi ci riconduce (la generica rilevanza politica di un evento), sono strumenti che l’ordinamento offre a tutela di una categoria di beni assai estesa, proprio perché non circoscrivibile per qualità intrinseche.

Il rischio è anzi quello opposto: che ricadano nel perimetro del vincolo beni collocati in una “posizione segnica” troppo distante dall’evento cui dovrebbero riferirsi.

Per utilizzare una figurazione, l’accadimento – l’*Ereignis* – è generato da una serie virtualmente infinita di antecedenti causali. Può a sua volta immaginarsi come un punto d’impatto su di una superficie che disegna – a mo’ di cerchi concentrici – i segni dei suoi effetti. Non è semplice individuare il momento, a monte e a valle dell’evento, a partire dal quale si possa cominciare a ritenere *segnicamente* irrilevante la relazione – pur esistente

per *causa, effetto, vicinanza o somiglianza* (come si dirà meglio più avanti) – fra una cosa-testo e l'evento stesso.

Un esempio costruito sul nostro caso. Nell'interminato novero delle cose che esibiscono oggettivamente un legame causale, effettuale (o relazionale in genere) con il tragico accadimento del 21 settembre 1990, quando si deve ritenere che quel legame sia così labile e lontano da non meritare l'apposizione del vincolo sulla *res* che si trova in una situazione siffatta? Il giudizio è foriero di non poche incertezze, esplicandosi nell'esercizio di un potere comunque discrezionale, sia pur connotato da valutazioni più o meno assise su criteri tecnico-scientifici[20].

Ciò deriva dal fatto che la funzione originaria del bene – la sua *utilità*[21]concreta – è infatti trascesa del tutto: l'oggetto acquista un nuovo significato, come frase di un testo diverso e più ampio.

Da qui si diparte poi un duplice, progressivo allargamento della prospettiva, ben sottolineato dal Consiglio siciliano.

Anzitutto, l'area semantica del bene vincolato si affranca dal suo riferimento a un oggetto specifico (materiale o meno, inteso dunque come *Gegenstand*), per assurgere a indicare un intero ambito di riflessione e d'interpretazione della realtà: un angolo visuale di lettura e comprensione dei processi reali.

Inteso come 'campo', quel bene induce poi alla costruzione di una teoria affidante intorno al modo con cui uno spazio-macchina[22] produttivo di segni crea un ambiente affatto immaginario, nonché intorno allo scopo ultimo cui esso è funzionale[23].

Sottrazione all'uso[24], protezione, pregio[25] e visibilità sono le caratteristiche evidenti e costanti dell'oggetto vincolato, che trae la sua rilevanza dall'ingresso in quello spazio-macchina, dal quale infatti non può più – regola abbastanza costante pur nell'infinita diversità di tempi, luoghi, modi, circostanze – uscire[26].

Questi beni esibiscono tutti una palese «omologia di funzioni»[27]. A differenza dei beni apportatori di utilità pratica (produzione, consumo, etc.), essi apportano un significato rimandando a ciò che non è immediatamente visibile/sensibile: sono cioè puri *semiofori*[28].

In sintesi, cose (utili) in opposizione a semiofori (significanti). Tali perché orientati nella direzione della loro funzionalizzazione a esigenze di elevazione culturale, di protezione e trasmissione dei fondamenti della civiltà di un popolo.

Non importa il pregio in sé del bene. Il segno di vita – e di morte – che questi oggetti tracciano come *media* simbolici è esso stesso momento di valore. Non può essere alterato.

L'oggetto è entrato in una dimensione al di fuori del tempo e dello spazio[29], divenendo «αἰῶμα ἐς αἰεί»^[30], acquisto perenne: la storia ne ha scolpito quel sembiante esteriore che noi – i sorteggiati a vivere ancora – possiamo oggi contemplare[31].

V'è qualcosa di sacrale. E un invito per il giurista-poeta^[32]: queste cose restino sottratte al divenire. Tramandino per sempre il ricordo di un'ora tragica; di un'esistenza breve, piena di Grazia.

[1] Come si legge nella sentenza commentata.

[2] Uno dei più classici casi di dialettica fra interesse pubblico e (legittimo) interesse privato. Cfr. M.L. Torsello, *Profili generali del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *giustizia-amministrativa.it*: «interesse sotteso al bene culturale è intrinsecamente “debole”, nel senso cioè che è esposto più di altri a confliggere con valori diversi delle società contemporanee, quali quelli dell'industria e del profitto. Del resto è questo il senso della collocazione della tutela tra i principi fondamentali della nostra Costituzione».

[3] Anche questo passo è preso dalla sentenza del CGA.

[4] Ord. n. 172/'16.

[5] È la n. 2887/'16.

[6] Si pensi al «Centro Studi Rosario Livatino», che – come si legge nel sito (*centrostudilivatino.it*) – si occupa di «temi riguardanti in prevalenza il diritto alla vita, la famiglia, la libertà religiosa, e i limiti della giurisdizione in un quadro di equilibrio istituzionale», attivandosi anche per iniziative di mobilitazione culturale.

[7] È la sentenza 15 febbraio 2021, n. 107, pubblicata qui.

[8] Molto bella, e sopra tutto molto autentica, l'intervista di Roberto Conti a Roberto Saieva (oggi Procuratore generale della Repubblica a Catania, il quale lavorò a contatto strettissimo con Livatino), pubblicata in questa rivista per il trentennale della morte del magistrato: *Livatino ieri e oggi*.

Non è per fortuna uno stucchevole ritratto agiografico da immaginetta sacra, da improbabile santino, quello che vien fuori dalle parole di Saieva: «La sua rigidità nel rispetto delle regole – anche di quelle formali, che rappresentano la necessaria premessa di quelle sostanziali – era non di rado causa di malcontento. I malumori crebbero quando passò alle funzioni giudicanti. Ricordo qualche memoria e qualche gravame avverso provvedimenti da lui redatti dai toni insolitamente aspri». Ancora, per descrivere le reazioni all'omicidio: «Sul momento, com'è ovvio, il sentimento prevalente fu quello della commozione, anche tra coloro – avvocati, altri liberi professionisti, pubblici amministratori, colleghi – che nei suoi confronti non avevano nutrito particolare simpatia. La commozione è un sentimento facile. [...] E ricordo pure che nel dicembre di quell'anno 1990, nella cappella maggiore del seminario vescovile di Agrigento fu celebrata una solenne messa in suffragio di Rosario. Naturalmente i magistrati agrigentini furono tutti presenti. La cerimonia era aperta anche agli avvocati, ma soltanto tre di loro vi parteciparono. Uno dei tre era tuo padre».

Come giustamente secca e impietosa è la descrizione del clima ambiguo e opaco che caratterizzava le istituzioni del tempo, inclusa la magistratura: «noi magistrati impegnati sul fronte antimafia avevamo la sensazione di essere non funzionari dello Stato, ma liberi professionisti; e se non rappresentavamo lo Stato, se facevamo quel che facevamo per una nostra scelta individuale, era normale che subissimo le conseguenze di un impegno che nessuno ci chiedeva. Era una sensazione fondata. E infatti la scia di sangue, come sappiamo, non si sarebbe fermata. Ci sarebbero state ancora le stragi di Capaci e Via D'Amelio, le stragi sul continente». Poi si ebbe finalmente la reazione dello Stato. Ecco il commento tagliente di Saieva: «[...] nell'attività della Magistratura debbano essere distinte due fasi, corrispondenti alle due fasi dell'azione dello Stato che ho in precedenza indicato. La risposta fu, non dico corale, ma diffusa solo nella seconda fase, quando cioè fu chiara la volontà dei pubblici poteri di sgominare le associazioni mafiose, cosa nostra soprattutto, che, per ragioni, ripeto, ancora largamente oscure, aveva scelto la strada dello scontro diretto con le Istituzioni. Insomma, molti magistrati avvertirono che il vento cambiava e furono lesti a conformarsi. Ho visto magistrati passare in pochi anni dalla negazione dell'esistenza della mafia, alla pubblica celebrazione dei secoli di carcere inflitti ai mafiosi».

Sulla figura di Livatino si v. ora il recentissimo volume di A. Mantovano, D. Airoma, M. Ronco, *Un Giudice come Dio comanda. Rosario Livatino, la toga e il martirio*, Milano, il timone, 2021.

[9] Sia pure nella sua più recente accezione, indiretta e larga. Cfr. K.J. Wojtyła, *Il sangue dei due missionari martiri costituisce le fondamenta della Chiesa cinese*, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. VI/1, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1983, p. 1245: «gli uccisori danno mostra di odiare la fede non solo quando la loro violenza si getta contro l'annuncio esplicito della fede [...], ma anche quando tale violenza si scaglia contro le opere di carità verso il prossimo, opere che obiettivamente e realmente hanno nella fede la loro giustificazione ed il loro motivo. Odiando ciò che sorge dalla fede, mostrano di odiare quella fede che è la sorgente».

[10] «Il vangelo, la macchina da scrivere, il telefono, materiale di documentazione e riviste giuridiche, un quadretto di Paolo VI (richiamato in una delle sue agendine quando muore il Sommo Pontefice), una vecchia radio assieme ad una nutrita videoteca in VHS. Presenti anche la copia della tesi di specializzazione in Diritto regionale nonché alcuni capi di abbigliamento compresa la toga posta sulla bara il giorno dei funerali».

[11] Ho aggiunto io i corsivi che compaiono nelle frasi della sentenza riportate nel testo.

[12] Il CGA insiste sul concetto di *simbolo*: «il valore storico-simbolico dell'immobile e delle cose conservate è, infatti, ancora maggiore oggi dopo che la Chiesa ha quasi portato a termine il procedimento di beatificazione del giovane giudice. [...] A fronte dell'assenza di familiari diretti che possano mantenerne viva la memoria, è dovere dello Stato, di cui Livatino è stato un "servitore eccezionale", riconoscere lo straordinario valore culturale della casa del Giudice ed il suo forte valore simbolico a ricordo di chi ha pagato con la vita la "normale" rettitudine che non si piega alle minacce o alle lusinghe della mafia».

[13] Si noti: in assenza di altri documenti recanti criteri per l'identificazione di un bene culturale (uso un linguaggio attualizzato), per molto tempo la fonte – pur a maglie comunque assai larghe – cui la prassi amministrativa ha fatto ricorso anche per procedere alla ricognizione dell'esistenza di un interesse pubblico all'apposizione del relativo vincolo è stata la circolare 13 maggio 1974, n. 2718 del Ministero della pubblica istruzione (allora titolare della competenza in materia), in materia di esportazione delle cose di interesse artistico ed archivistico.

Frutto del contributo di personalità come Giulio Carlo Argan, Cesare Brandi e Massimo Pallottino, gli indirizzi risentono di una duplice influenza, derivante sia dalla formazione culturale dei loro componenti, di natura prevalentemente storico-artistica, sia dallo *Zeitgeist*, vicino a una visione marxiana dei rapporti sociali. È infatti percepibile l'abbandono (pur se ancora *in itinere*) della concezione idealistico-estetica dell'intera materia. Così la circolare: «in sostanza può dirsi che mentre fino a qualche tempo fa le istanze prevalenti nella considerazione delle cose del passato erano quelle estetiche, ora pur conservando i valori estetici tutto il loro peso, se ne sono aggiunti ad essi molti altri che allargano notevolmente la sfera di interessi in cui tali cose possono rientrare». E vi affiorano le prime, ma già abbastanza strutturate teoricamente, consapevolezze circa la necessità di superare l'approccio sino a quel momento dominante: si delinea la traiettoria che condurrà poi, come vedremo, al modello – particolarmente interessante per la nostra riflessione – di apertura tendenziale nei confronti della possibilità di ravvisare i caratteri del bene culturale pressoché in ogni «testo» connotato da un particolare effetto di senso o valore.

[14] Di seguito, per comodità di lettura, riporto il testo dell'art. 10 (sul quale v. il commento di G. Morbidelli in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, III ed., Milano, 2019, 133 ss., il quale legge opportunamente il telaio normativo distinguendovi i beni culturali «per ragioni soggettive», «*ope legis*», «per dichiarazione amministrativa» ed «esemplificati»). «1. Sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico. 2. Sono inoltre beni culturali: a) le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico; b) gli archivi e i singoli documenti dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico; c) le raccolte librerie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte che assolvono alle funzioni delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616. 3. Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13: a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1; b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante; c) le raccolte librerie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale; d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose. Se le cose rivestono altresì un valore testimoniale o esprimono un collegamento identitario o civico di significato distintivo eccezionale, il provvedimento di cui all'articolo 13 può comprendere, anche su istanza di uno o più comuni o della regione, la dichiarazione di monumento nazionale; d-*bis*) le cose, a chiunque appartenenti, che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico eccezionale per l'integrità e la completezza del patrimonio culturale della Nazione; e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricomprese fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestano come complesso un eccezionale interesse».

4. Sono comprese tra le cose indicate al comma 1 e al comma 3, lettera a): a) le cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà; b) le cose di interesse numismatico che, in rapporto all'epoca, alle tecniche e ai materiali di produzione, nonché al contesto di riferimento, abbiano carattere di rarità o di pregio; c) i manoscritti, gli autografi, i carteggi, gli incunaboli, nonché i libri, le stampe e le incisioni, con relative matrici, aventi carattere di rarità e di pregio; d) le carte geografiche e gli spartiti musicali aventi carattere di rarità e di pregio; e) le fotografie, con relativi negativi e matrici, le pellicole cinematografiche ed i supporti audiovisivi in genere, aventi carattere di rarità e di pregio; f) le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse artistico o storico; g) le pubbliche piazze, vie, strade e altri spazi aperti urbani di interesse artistico o storico; h) i siti minerari di interesse storico od etnoantropologico; i) le navi e i galleggianti aventi interesse artistico, storico od etnoantropologico; l) le architetture rurali aventi interesse storico od etnoantropologico quali testimonianze dell'economia rurale tradizionale.

5. Salvo quanto disposto dagli articoli 64 e 178, non sono soggette alla disciplina del presente titolo le cose indicate al comma 1 e al comma 3, lettere a) ed e), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre settanta anni, nonché le cose indicate al comma 3, lettera d-*bis*), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni».

[15] In questa vicenda il riferimento assessorile alla lett. a) ha – come abbiám visto – un ruolo chiaramente satellitare e di blando rinforzo motivazionale.

[16] Il codice ha opportunamente esteso la tutela anche ai beni mobili, esclusi invece dal previgente art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352), secondo cui «sono beni culturali [...] le cose immobili che, a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, rivestono un interesse particolarmente importante».

[17] Così prosegue la lett. d) cit., a seguito della novella recata dall'art. 6, l. 12 ottobre 2017, n. 153 («Disposizioni per la celebrazione dei 500 anni dalla morte di Leonardo da Vinci e Raffaello Sanzio e dei 700 anni dalla morte di Dante Alighieri»): «Se le cose rivestono altresì un valore testimoniale o esprimono un collegamento identitario o civico di significato distintivo eccezionale, il provvedimento di cui all'articolo 13 può comprendere, anche su istanza di uno o più comuni o della regione, la dichiarazione di monumento nazionale».

[18] Cons. Stato, VI, 14 giugno 2017, n. 2920: è il caso del cinema 'America' di Roma.

V. anche Cons. Stato, VI, 3 settembre 2013, n. 4399, secondo cui «la dichiarazione di particolare interesse storico-artistico di un immobile si deve basare su elementi pregnanti che ne illustrino uno specifico pregio o che ne attestino quantomeno la sua valenza testimoniale di un tipico e ben determinato stile architettonico».

[19] Questo profilo è oggetto di una censura dedotta in primo grado (ma che parrebbe non riproposta in appello). Il Tar Palermo la rigetta così: «non coglie nel segno neppure il riferimento alla circostanza che i beni mobili avrebbero meno di cinquanta anni, atteso che la disposizione normativa di riferimento è contenuta nell'art. 12, co. 1, del d.lgs. 42/2004, il quale – nel porre *ope legis* il vincolo sulle opere la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni, se mobili – si riferisce ai soli beni mobili di cui all'art. 10, co. 1, d. 42/2004 e, quindi, ai soli beni pubblici o di enti privati riconosciuti, i quali non vengono in rilievo nel caso di specie».

[20] La sentenza evidenzia chiaramente questo aspetto: «il giudizio circa la sussistenza dei requisiti che legittimano l'emissione del provvedimento impugnato è certamente discrezionale e lo stesso meriterebbe censura solo nelle ipotesi in cui debba ritenersi illogico o irrazionale».

Dobbiamo a G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Patrimonio culturale e discrezionalità degli organi di tutela*, in *Aedon*, 2016, un'attenta analisi sulle dinamiche del potere tecnico-discrezionale nelle vicende qui in esame. Premessa in generale l'estraneità di ogni processo ponderativo, dovendosi quel potere muovere – come viaggiando su una monorotaia, dice l'A. – verso la tutela del solo interesse commessogli dalla norma, egli sottolinea che «la particolarità delle "tecniche" da spendere in questo settore – storia, storia dell'arte, architettura, scienze del paesaggio e del territorio, ecc. – è di un marcato carattere di "non-scienza esatta" delle conoscenze specialistiche necessarie alla ricognizione per la dichiarazione di bene culturale o paesaggistico, ovvero alla stima di compatibilità dell'intervento concretamente immaginato». Per la tesi, non priva di qualche arditezza, secondo cui la considerazione e ponderazione di interessi altri «costituirebbe invece un sicuro argine al dilagare della notificazione di rilevante interesse, indice sintomatico di un modo di amministrare che non può essere condiviso» per l'asserito timore che l'eccesso conduca a una sostanziale vanificazione della tutela, v. B. Cavallo, *op. cit.*, 122.

[21] Un «mondo strano da cui l'*utilità* sembra bandita per sempre»: così, a proposito dei musei e degli oggetti custoditi lì, inizia la sua analisi celebre e densissima, K. Pomian, *Collezione*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. III, Torino, 1978, 330 ss., spec. 330; *cui adde* ovviamente Id., *Collezionisti, amatori e curiosi. Parigi-Venezia XVI-XVIII secolo*, Milano, 2007.

[22] La casa di Livatino, nel caso nostro.

[23] Il riferimento d'obbligo è ai due lavori di Krzysztof Pomian già citati: a essi mi atterrò nel prosieguo.

[24] E dunque al circuito dello scambio economico in base all'utilità sua intrinseca, se e in quanto esistente.

[25] Poiché, pur essendo allo stato non utilizzabile, potrebbe comunque esser considerato un oggetto con valore di scambio, anche se non d'uso.

[26] Come le offerte agli dei nei templi greco-romani, dai quali non potevano essere distolte se non in situazioni estreme, onde ricavarne provviste finanziarie ritenute indispensabili per la *salus rei publicae*.

[27] K. Pomian, *Collezione*, cit., 341. Pomian analizza anzitutto i cc.dd. *museali* dell'epoca premoderna (suppellettili funebri, offerte votive, tesori reali, etc.), ravvisandovi un tratto comune: consentire la comunicazione biunivoca tra il mondo visibile e quello invisibile (tramandato da miti, leggende, religioni: è il linguaggio a secerne i fantasmi dell'invisibile – osserva Pomian – in un mondo dove si muore e che induce a sperare che il visibile/sensibile sia soltanto una parte dell'essere), donde le quattro già viste loro caratteristiche dell'esser sottratti all'uso comune, protetti, pregiati, visibili. Poiché l'invisibile è di necessità ritenuto superiore al visibile, l'oggetto che col primo intrattiene una relazione di partecipazione, discendenza, vicinanza o somiglianza gode inevitabilmente di uno *status* privilegiato rispetto alle altre cose.

[28] K. Pomian, *Collezione*, cit., 350.

[29] «Preservata nel tempo nella sua immobile integrità»: così dice – come abbiám visto – la relazione assessorile a proposito di casa Livatino (e di tutto ciò che vi è conservato).

[30] Tucidide, *Historiae*, I, 20, 23.

[31] Onde il «vedere poetico» che rimanda a Hölderlin e da lui a Heidegger e Benjamin: «un'identificazione affettiva che consente di superare la distanza fra il mondo in cui sono le cose e il mondo in cui ne pronunciamo i nomi, cogliendo un'intimità con le cose stesse sentite non più come “oggetti opachi e chiusi” ma come intimamente partecipi alla nostra vita, ad un “destino creaturale” dove vita delle cose, vita dell'uomo, della natura sono necessariamente legati»: così A. Quendolo, *op. cit.*, 47.

[32] Per il giurista che conosca e dica il diritto *poietico*, con M. Nussbaum, *Giustizia poetica*, Milano-Udine, 2012, su cui ora i profondi pensieri di G. Montedoro, *Giustizia poetica*, in *apertacontrada.it* («Un giurista concepito come mero tecnico ha meno *chances* di comprendere la complessità valoriale dell'ordinamento multilivello, di essere attrezzato per interpretare le diverse culture che ormai confluiscono nel *mare magnum* dell'esperienza giuridica sovranazionale, ha meno attenzione in definitiva per ogni aspetto dell'umano ed alla fine è meno capace di apprezzarne la concretezza con quel grado di eternità che è in ogni differenza»).

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1755 – 1 giugno 2021

Consumo di suolo e divieto di edificazione in area agricola (nota a Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 12 marzo 2021, n. 240)

di Giuseppe Andrea Primerano

Sommario: 1. Il principio del contenimento del “consumo di suolo” alla prova dei fatti: la sentenza del Tar Brescia n. 240/2021. - 2. Il ruolo dei Comuni tra sussidiarietà e leale cooperazione: la sentenza della Corte costituzionale n. 179/2019. - 3. Assenza di una disciplina organica sul consumo di suolo, suggerimenti e proposte.

1. Il principio del contenimento del “consumo di suolo” alla prova dei fatti: la sentenza del Tar Brescia n. 240/2021

Il consumo di suolo è divenuto uno dei temi di maggiore attualità e interesse in ragione delle sue implicazioni ambientali, economiche e sociali. L’esigenza di contenere lo sfruttamento di tale «risorsa limitata che si distrugge facilmente»^[1] si collega a quella di promuovere il capitale naturale e il paesaggio, alla vicenda della rigenerazione di aree dismesse o degradate, alla valorizzazione delle aree rurali e, più in generale, intercetta profili atti a qualificare uno sviluppo volto a garantire, come richiesto dalla comunità internazionale^[2], la sostenibilità in uno scenario di equità intergenerazionale improntato al rispetto del principio di solidarietà^[3].

Si registra, tuttavia, l’assenza di una disciplina statale organica sul consumo di suolo foriera di incertezze, innanzitutto, sotto il profilo applicativo. Non che il legislatore abbia omesso di considerare il tema in questione, ma bisogna constatare sia l’insuccesso delle diverse proposte di legge successive al primo d.d.l. Catania (2012), dal nome dell’allora Ministro per le politiche agricole, donde una spiccata attenzione verso i profili legati alla tutela dei suoli agricoli^[4], sia

la frammentarietà della disciplina di settore[5], evidentemente inadeguata rispetto all'ambizioso obiettivo di raggiungere l'azzeramento del consumo di suolo entro il 2050 delineato in ambito europeo[6] e talvolta enunciato in sede legislativa regionale[7]. Le Regioni, in virtù del titolo di potestà legislativa concorrente «governo del territorio», si sono difatti rese promotrici in varie occasioni di disposizioni per la riduzione del consumo di suolo.

La dottrina ha incisivamente osservato che il passaggio imposto dalla filosofia del consumo di suolo zero comporterà un vero “cambio di libro” e non un semplice “voltar pagina”[8] e che la limitazione del consumo di territorio e la rigenerazione urbana rappresentano un'occasione di rinascita per l'urbanistica[9]. Occorre prenderne atto in ragione sia dell'attuale fase di transizione digitale, ecologica e di inclusione sociale cristallizzata nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), sia dell'evoluzione che dalla formulazione dell'art. 80 del d.P.R. 616/1977 – secondo cui «le funzioni amministrative relative alla materia urbanistica concernono la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente» – ha condotto alla riforma del Titolo V della Costituzione e all'elaborazione giurisprudenziale successiva alla sentenza della Consulta n. 303/2003.

Il contributo della giurisprudenza amministrativa, in un simile contesto evolutivo, diviene centrale. Per rendersene conto è sufficiente riflettere su pronunce come quella sul PRG di Cortina[10] o sull'orientamento che, enfatizzando la matrice ecosistemica dei suoli non impermeabilizzati, ha riconosciuto che la destinazione a verde non implica necessariamente lo svolgimento di attività agricola sul fondo, ben potendo servire ad assicurare un migliore equilibrio tra aree libere e aree edificate[11].

La decisione del Tar Brescia n. 240/2021 è interessante perché sembra apparentemente rispondere a una logica diversa. Viene, infatti, censurata la decisione di rendere inedificabile un'area destinata all'agricoltura in base all'asserita necessità di minimizzare il consumo di territorio. Nello specifico, risulta impugnata una variante al PGT che, nel limitare la capacità edificatoria ai “presidi rurali”, preclude a un imprenditore agricolo la realizzazione di un intervento edilizio funzionale alla conduzione del fondo, pur ammissibile ai sensi della normativa regionale[12].

In realtà, secondo il Collegio, non è sufficiente invocare il principio del contenimento del consumo di suolo per giustificare la portata di una simile variante e derogare allo statuto della disciplina edificatoria nelle aree agricole. L'ente locale così introduce una disciplina ulteriore che trascura, da un lato, la legittima aspettativa dell'imprenditore agricolo allo sviluppo della propria attività e, dall'altro lato, oblitera la motivazione di una scelta carente sotto il profilo istruttorio nella misura in cui non approfondisce lo stato effettivo del consumo di suolo[13] e, più in generale, prescinde da una strategia preordinata ad azioni concrete finalizzate a limitare la perdita di *green field*. In tale prospettiva, non è superfluo osservare che una delle censure riguardava l'omessa sottoposizione della variante al PGT alla valutazione ambientale strategica e che il parere sul rapporto preliminare formulato dall'agenzia regionale per la protezione ambientale già rivelava l'esistenza di alcuni vizi alla base dell'accoglimento del ricorso[14].

2. Il ruolo dei Comuni tra sussidiarietà e leale cooperazione: la sentenza della Corte costituzionale n. 179/2019

La tutela del suolo, come risorsa naturale che produce servizi ecosistemici, è stata oggetto di una significativa sentenza della Corte costituzionale: la n. 179 del 31 luglio 2019 rispetto alla quale la pronuncia in nota, alla luce di quanto esposto, si pone solo in apparente contraddizione.

In quell'occasione, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 5, comma 4, della l. reg. Lombardia n. 31/2014 che impediva ai comuni di apportare varianti per ridurre le previsioni e i programmi edificatori nel documento di piano nel periodo necessario all'integrazione dei contenuti del piano territoriale regionale e al successivo adeguamento dei piani territoriali di coordinamento provinciale e dei piani di governo del territorio^[15]. È bene al riguardo svolgere uno sforzo di analisi per non appiattirsi sulla conclusione secondo cui sarebbe precluso, nei termini precisati, al legislatore regionale incidere sulla potestà comunale di pianificazione urbanistica.

In primo luogo, la Corte evidenzia l'essenza del suolo «quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale». La prospettiva è quella, ben nota, dello sviluppo sostenibile e il riferimento alla funzione sociale del suolo evoca il tenore delle previsioni costituzionali sul diritto di proprietà (art. 42, comma 2)^[16].

In secondo luogo, la Corte costituzionale si sofferma sul ruolo dei comuni quali enti più vicini alla cittadinanza cui risultano storicamente assegnate, fin dalla legge n. 2359/1865 sulle espropriazioni per causa di pubblica utilità, le funzioni di pianificazione urbanistica. In particolare, viene evidenziato che «tutta la complessa evoluzione che ha condotto allo sviluppo dell'ordinamento regionale ordinario, a una più ampia concezione di urbanistica e quindi alla consapevolezza della necessità di una pianificazione sovracomunale, non ha travolto questo presupposto di fondo».

Si tratta di passaggi significativi laddove si ponga mente alle linee evolutive del sistema di pianificazione territoriale e alla disciplina delle tutele differenziate volte alla protezione di interessi *lato sensu* ambientali, principalmente ascrivibile ai fallimenti indotti dal primo regionalismo e all'inidoneità allo scopo dei comuni, in quanto enti maggiormente esposti alle pressioni della rendita fondiaria e alle spinte delle imprese locali^[17].

In disparte l'attrazione verso il “centro” di simili interessi – rispondenti a una logica gerarchica che rivela la prevalenza del piano paesaggistico^[18] – cui si è sovente accompagnata l'istituzione di autorità con specifici poteri (come le autorità di bacino o gli enti parco), rimane imprescindibile il ruolo dei comuni ai sensi degli artt. 5, 117, comma 2, lett. p), e 118, commi 1 e 2, Cost. Il potere di pianificazione urbanistica, infatti, rientra in un nucleo di funzioni amministrative essenziali connesse al riconoscimento del principio dell'autonomia comunale.

Ciò, tuttavia, non significa che al legislatore regionale sia precluso disciplinare e, finanche, conformare detto potere in nome della tutela di interessi generali collegati a una più ampia valutazione delle esigenze diffuse sul territorio^[19], come pure sottolineato dopo la riforma

del Titolo V della Costituzione: il predetto riconoscimento «non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale a fronte di esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali»[20]. A tale stregua è stato, altresì, escluso che «il sistema di pianificazione assurga a principio così assoluto e stringente da impedire alla legge regionale – fonte normativa primaria sovraordinata rispetto agli strumenti urbanistici locali – di prevedere interventi in deroga a tali strumenti»[21].

La declaratoria di incostituzionalità espressa dalla Corte costituzionale n. 179/2019, pertanto, si radica su altri presupposti.

La norma censurata dal giudice *a quo*[22] non prevedeva, in realtà, alcuna interlocuzione con il livello di governo superiore impedendo, quindi, all'ente locale di esercitare in anticipo la propria *potestas variandi* in conformità alle coordinate legislative regionali[23]. Ne è derivato un deficit di proporzionalità, suscettibile di infrangere il principio della leale collaborazione nella misura in cui i comuni divenivano meri esecutori di una valutazione compiuta in sede regionale in grado di condizionarne scelte discrezionali[24], che la Corte ha censurato per lesione delle norme costituzionali sopra menzionate.

Il giudizio della Consulta, a ben vedere, si pone al crocevia tra regionalismo e municipalismo nel rinnovato sistema costituzionale e non riguarda, di per sé, l'allocazione della funzione legislativa regionale quanto invece il relativo esercizio, che non supera il test di proporzionalità rispetto alla tipologia di interessi coinvolti. La sottrazione, sia pur temporanea, ai comuni della potestà pianificatoria, anziché apparire il “minimo mezzo” al fine di raggiungere gli obiettivi prefigurati a livello regionale – quello «strutturalmente più efficace a contrastare il fenomeno del consumo di suolo perché in grado di porre limiti *ab externo* e generali alla pianificazione urbanistica locale»[25] – si rivela, in concreto, contraddittoria agli stessi.

In definitiva, secondo la Corte, la rigidità della norma censurata si dimostra «tale da incidere in modo non proporzionato sull'autonomia dell'ente locale, non solo perché impedisce la rivalutazione delle esigenze urbanistiche in precedenza espresse (...), ma soprattutto perché, al tempo stesso, la preclude quando questa sia rivolta alla protezione degli stessi interessi generali sottostanti alle finalità della legge regionale e quindi coerenti con queste»[26].

3. Assenza di una disciplina organica sul consumo di suolo, suggerimenti e proposte

Il dovere delle amministrazioni di dotarsi di strumenti in grado di fronteggiare il problema del consumo di suolo costituisce una premessa logica per lo sviluppo sostenibile dei territori[27] e, come tale, è destinato a condizionare in modo significativo la discrezionalità di pianificazione urbanistica.

Le sentenze del Tar Brescia n. 240/2021 e della Corte costituzionale n. 179/2019 confermano la necessità di occuparsene a livello strategico, alzando l'asticella della sussidiarietà[28] e in ossequio alla leale cooperazione istituzionale. È vero che l'insostenibilità dei modelli di espansione urbana non può tradursi in uno slogan per giustificare, in ogni caso, scelte apparentemente finalizzate a tutelare gli areali agro-naturali[29], non potendosi

prescindere dall'effettivo accertamento dello stato dei luoghi, ma il quadro regolatorio, in linea alle osservazioni espresse nei precedenti paragrafi, dovrebbe superare il limite dei confini comunali.

Data l'assenza di una disciplina organica sul consumo di suolo[30], occorre riflettere su quali strumenti, *de iure condito*, possano almeno arginarne l'avanzamento e su quali interventi, *de iure condendo*, siano configurabili.

Dal primo punto di vista, anche in considerazione delle prevedibili difficoltà per il PRG a occuparsi di un problema che ha contribuito a creare, andrebbe valorizzato il ruolo sussidiario di alcuni istituti giuridici, in particolare della pianificazione paesaggistica[31] e della VAS[32]. Inoltre, sarebbe necessario riflettere sulla rigenerazione urbana in termini di alternativa strategica alla impermeabilizzazione delle superfici o *soil sealing*[33] e accedere a una visione integrata della rigenerazione medesima idonea a intercettare non soltanto la dimensione ambientale della sostenibilità, ma pure quella economica e sociale, con ripercussioni positive nell'ottica della resilienza cittadina[34].

Dal secondo punto di vista, potrebbe immaginarsi una legislazione statale volta a un rilancio dell'urbanistica, in linea all'art. 80 del d.P.R. 616/1977, ovvero proiettata maggiormente alla protezione di una risorsa naturale produttiva di servizi ecosistemici in considerazione della traiettoria evolutiva che, nel nostro ordinamento, ha determinato lo *spillover* delle tutele di settore chiamate a sopperire alla crisi dell'urbanistica.

Una prospettiva, quest'ultima, che può definirsi "filoambientalista" e valorizza la funzione sociale della proprietà anche attraverso una rilettura del «razionale sfruttamento del suolo» di cui all'art. 44 Cost. in chiave non soltanto produttivistica. Ciò in linea alle previsioni dell'art. 191 TFUE che cristallizzano il principio dell'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali[35] e, nel complesso, agli indirizzi espressi dalle istituzioni europee, *in primis* dalla Commissione, sia pure mediante documenti e atti di *soft law*[36].

Accedere a una simile impostazione non consentirebbe comunque di prescindere dalla razionalità di provvedimenti simili a quello oggetto del giudizio instaurato davanti al Tar Brescia e definito con sentenza n. 240/2021, secondo cui la potestà pianificatoria comunale non è senza limiti, in particolare, quando disciplina l'attività agricola come produzione[37]. La tensione tra esigenze di sviluppo economico e di tutela ambientale, dopotutto, è un fattore che le istituzioni, a tutti i livelli, hanno sempre dovuto tenere presente anche in ragione del principio di integrazione[38].

Il punto è che in assenza di un quadro di regole chiaro si mina, in radice, la certezza del diritto e con essa l'effettività delle azioni da intraprendere a tutela del suolo naturale. Posto che la difesa di tale risorsa non costituisce una materia, ma un obiettivo da perseguire attraverso una complessa pianificazione dei settori coinvolti[39], da più parti è stata segnalata l'esigenza di un intervento statale idoneo a vincolare i legislatori regionali e, a cascata, gli enti locali tenuti al rispetto di invarianti da riportare nella parte strutturale dei piani urbanistici[40].

Dovrebbe risultare sufficientemente chiara la riconducibilità di un simile intervento alla materia ambientale (art. 117, comma 2, lett. s, Cost.), ferme restando le implicazioni con il governo del territorio (art. 117, comma 3, Cost.). Dovrebbero, inoltre, essere valorizzate le previsioni degli artt. 9 e 44 Cost. e non trascurati alcuni spunti derivanti dall'esperienza

legislativa regionale^[41]. Tutto ciò in nome del principio del razionale sfruttamento del suolo, della promozione del capitale naturale e del paesaggio, del riuso delle aree già urbanizzate e della rigenerazione delle stesse, in uno scenario proiettato al doveroso rispetto del principio di solidarietà.

[1] Si tratta della definizione di suolo offerta dalla Carta Europea del Suolo del 1972.

[2] Il riferimento è principalmente all'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile.

[3] Come si legge nella Lettera Enciclica Laudato Si' del 24 maggio 2015 di Papa Francesco «ormai non si può parlare di sviluppo sostenibile senza una solidarietà fra le generazioni».

[4] I contenuti di tale iniziativa legislativa sono in ampia parte trasfusi nella proposta approvata in prima lettura dalla Camera dei Deputati il 12 maggio 2016 (AC-2039). Per approfondimenti ulteriori, fra i molti, L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo nell'ordinamento italiano*, in G.F. Cartei - L. De Lucia (a cura di), *Contenere il consumo del suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli, 2014, 91 ss.; Id., *Il contenimento del consumo di suolo e il futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in G. De Giorgi Cezzi - P.L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, in L. Ferrara - D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. II, Firenze, 2016, 299 ss.

[5] Cfr. G.A. Primerano, *Soil Consumption and public policies of territorial government*, in E. Picozza - A. Police - G.A. Primerano - R. Rota - A. Spina, *Le politiche di programmazione per la resilienza dei sistemi infrastrutturali. Economia circolare, governo del territorio e sostenibilità energetica*, Torino, 2019, 73 ss.

[6] Commissione Europea, COM/2011/571 del 20 settembre 2011, *Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse*. Il suddetto obiettivo inizia concretamente a delinarsi, in ambito europeo, grazie alla *Strategia tematica per la protezione del suolo* (COM/2006/231 del 22 settembre 2006) coeva alla *Proposta di direttiva che istituisce un quadro per la protezione del suolo* (COM/2006/232).

[7] Ai sensi dell'art. 1, comma 4, della l. reg. Lombardia 28 novembre 2014, n. 31, a titolo esemplificativo, il dichiarato scopo delle «disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato» è quello di «concretizzare sul territorio della Lombardia il traguardo previsto dalla Commissione europea di giungere entro il 2050 a una occupazione netta di terreno pari a zero».

[8] G. Pagliari, *Governo del territorio e consumo di suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica*, in *Scritti per Franco Gaetano Scola*, vol. IV, Napoli, 2020, 3803.

[9] P. Carpentieri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

[10] Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, secondo cui la funzione di pianificazione urbanistica non appare solo strumentale a garantire una disciplina coordinata dell'edificazione dei suoli, ma è volta allo sviluppo complessivo e armonico del territorio, nonché a realizzare finalità economico-sociali della comunità locale, in attuazione di valori costituzionalmente tutelati. In senso analogo, si veda Cons. Stato, sez. IV, 22 febbraio 2017, n. 821.

[11] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 maggio 2018, n. 2780.

[12] Il riferimento è agli artt. 59 e 60 della l. 11 marzo 2005, n. 12, s.m.i., che definiscono gli interventi edificatori ammessi nelle aree destinate all'agricoltura mediante l'individuazione dei relativi presupposti soggettivi e oggettivi.

[13] La giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che eventuali preclusioni edificatorie in area agricola richiedono una specifica motivazione, in quanto suscettibili di ledere la legittima aspettativa dell'imprenditore agricolo allo sviluppo della propria attività (v. Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5453). Nel caso di specie, era stata evidenziata la necessità di disporre di una struttura edilizia per il deposito di materiali e per il ricovero di mezzi agricoli, di un ufficio e di una piccola residenza.

[14] Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 12 marzo 2021, n. 240: «come confermato anche dal parere formulato da ARPA sul Rapporto Preliminare (...), l'obiettivo di riduzione del consumo di suolo, richiamato a motivazione della reiezione dell'osservazione presentata dai ricorrenti, oltre che più in generale delle misure restrittive adottate per l'edificazione in zona agricola e in particolare dell'introduzione dei presidi rurali, non è supportato da adeguata istruttoria e non trova giustificazione né fondamento in una necessaria approfondita analisi sullo stato effettivo di consumo del suolo e nella conseguente individuazione delle azioni necessarie per il suo contenimento».

[15] Al riguardo è appena il caso di osservare che è proprio il documento di piano a contenere, ai sensi dell'art. 8 della l. reg. Lombardia n. 12/2005, le scelte più significative per la trasformazione del territorio.

[16] Per un inquadramento, cfr. V. Cerulli Irelli, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015, 11 ss.; a livello monografico, A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006.

[17] In questi termini si esprime P. Carpentieri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni*, cit.

[18] Sul principio di prevalenza del piano paesaggistico, *ex multis*, Corte cost., 10 marzo 2017, n. 50; Id., 30 maggio 2008, n. 180; Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2011, n. 110; Tar Toscana, sez. I, 21 luglio 2017, n. 945; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 2 aprile 2014, n. 1905; Tar Lazio, Roma, sez. II-quater, 6 dicembre 2010, n. 35381.

[19] Corte cost., 27 luglio 2000, n. 378.

[20] Corte cost., 7 luglio 2016, n. 160.

[21] Corte cost., 27 dicembre 2018, n. 245.

[22] Ci si riferisce a Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5711, e la norma cesurata, come anticipato, è l'art. 5, comma 4, della l. reg. Lombardia n. 31/2014 (prima delle modifiche apportate dalla l. reg. Lombardia 26 maggio 2017, n. 16). In particolare, valorizzata in premessa la *ratio* della citata legge per la riduzione del consumo di suolo e la riqualificazione del suolo degradato, il Consiglio di Stato si concentra sull'ultimo periodo della disposizione menzionata che, disciplinando la fase transitoria necessaria per l'integrazione e l'adeguamento dei piani in vista della riduzione del consumo di suolo, stabilisce che, in attesa di tale adeguamento, sono comunque «mantenute le previsioni e i programmi edificatori del documento di piano vigente». Esclusa la possibilità di interpretare le disposizioni nel senso indicato dall'ente locale, ossia come comportanti il solo limite a non disporre nuovo consumo di suolo, il Consiglio di Stato giudica rilevanti e non manifestamente infondate le q.l.c. prospettate dall'amministrazione comunale appellante.

[23] Il giudizio amministrativo aveva ad oggetto la variante generale al PGT adottata nel 2015 dal Comune di Brescia, poi approvata, impugnata dai proprietari di alcuni immobili poiché fortemente riduttiva delle possibilità edificatorie risultanti dalle precedenti previsioni urbanistiche.

[24] Le scelte urbanistiche, secondo un orientamento della giurisprudenza amministrativa costante, costituiscono «valutazioni di merito sottratte al sindacato giurisdizionale di legittimità, salvo che risultino inficcate da errori di fatto, abnormi illogicità, violazioni procedurali, ovvero che, per quanto riguarda la destinazione di specifiche aree, risultino confliggenti con particolari situazioni che abbiano ingenerato affidamenti e aspettative qualificate» (Cons. Stato, sez. IV, 18 agosto 2017, n. 4037; Id., 16 aprile 2014, n. 1871; Id., 15 novembre 2013, n. 5589).

[25] Corte cost. n. 179 del 2019.

[26] Così sempre Corte cost. n. 179 del 2019.

[27] G. Gardini, *Alla ricerca della città "giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in www.federalismi.it, n. 24/2020, 52.

[28] G.F. Cartei, *Il suolo tra tutela e consumo*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2016, 12.

[29] Cfr. E. Boscolo, *Beni pubblici e beni comuni: appunti per una sistemazione teorica*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Napoli, 2019, 215.

[30] In tema v. L. Giani - M. D'Orsogna, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, cit., vol. III, 2014.

[31] Il principio di «uso consapevole del territorio» cui si riferisce l'art. 131 d.lgs. 42/2004 implica pure un «minor consumo di territorio» a norma del successivo art. 135, comma 4, lett. c). Sul piano paesaggistico, proiezione applicativa della riserva di potestà esclusiva statale in materia di tutela del paesaggio, A. Angiuli, *Art. 135* (cui *adde* il commento agli artt. 143 ss.), in A. Angiuli - V. Caputi Jambrenghi (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, 352 ss.; più di recente, S. Amorosino, *Artt. 143-145* (ivi anche il commento all'art. 135), in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 1284 ss.

[32] Sulle «potenzialità» della valutazione ambientale strategica, E. Boscolo, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urb. app.*, 2014, 146; a livello giurisprudenziale, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2921.

[33] Con l'espressione «*soil sealing*» la Commissione europea ha inteso riferirsi al «rivestimento del suolo per la costruzione di edifici, strade o altri usi» (COM/2002/179, *Verso una strategia tematica per la protezione del suolo*), ossia alla «copertura di una superficie e del relativo suolo con materiale impermeabile artificiale, come fondamenta di case, edifici industriali e commerciali, infrastrutture per il trasporto e altro» (*Orientamenti in materia di buone pratiche per limitare, mitigare e compensare l'impermeabilizzazione del suolo*, 2012).

[34] Sulla rigenerazione urbana, a livello monografico, A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018. Cfr., inoltre, i contributi contenuti in P. Chirulli - C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018; F. Di Lascio - F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi pubblici. Contributo al diritto della città*, Bologna, 2017; E. Fontanari - G. Piperata (a cura di), *Agenda Re-Cycle. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017; M. Passalacqua - A. Fioritto - S. Rusci (a cura di), *Ri-conoscere la rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, Rimini, 2018.

[35] Cfr. G.F. Cartei, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1285.

[36] Per un'esauritiva analisi, cfr. G. Guzzardo, *La regolazione multilivello del consumo di suolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 119 ss.

[37] Cfr. P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, II, 238.

[38] Cfr. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 21.

[39] In tal senso v. Corte cost., 26 febbraio 1990, n. 85.

[40] Cfr. P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, cit., 232.

[41] In particolare, per ciò che concerne la visione «integrata» della rigenerazione urbana: cfr. L. Giani - M. D'Orsogna, *Diritto alla città e rigenerazione urbana*, cit., 2018 s.; *amplius*, A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit., 63 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1483 - 12 gennaio 2021

L'*actio iudicati* nel “nuovo” processo amministrativo (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 2020, n. 24)

di Giuseppe Andrea Primerano

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Funzioni e caratteri del ricorso di ottemperanza. - 3. Il termine di prescrizione di cui all'art. 114, comma 1, c.p.a. - 4. L'Adunanza plenaria n. 24 del 2020 e la specialità del giudizio amministrativo.

1. Introduzione.

Chiamata a pronunciarsi dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (ord. 25 giugno 2020, n. 466[1]), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 4 dicembre 2020, n. 24, ha affermato che «il termine decennale previsto dall'art. 114, comma 1, c.p.a. in ogni caso può essere interrotto anche con un atto stragiudiziale volto a conseguire quanto spetta in base al giudicato».

Viene, in tal modo, risolta una questione – quella della possibile interruzione del termine per l'esercizio dell'*actio iudicati* – dibattuta in giurisprudenza soprattutto prima dell'entrata in vigore del Codice^[2].

L'interesse nei confronti della pronuncia si coglie in quanto si tratta di un arresto che consente di impostare una riflessione non solo sulla natura del ricorso di ottemperanza, ma, più in generale, sulla pari dignità della tutela di diritti e interessi legittimi, posto dall'Adunanza plenaria alla base del proprio *iter* motivazionale, e sul ruolo del giudice amministrativo nel rinnovato sistema di giustizia amministrativa.

2. Funzioni e caratteri del ricorso di ottemperanza.

Al fine di corroborare il proprio ragionamento e, quindi, valorizzare il disposto dell'art. 114, comma 1, c.p.a., l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 24 del 2020 si sofferma sui profili evolutivi del giudizio di ottemperanza che, come noto, in origine riguardava il giudicato civile a tutela di diritti suscettibile di esecuzione nei confronti della pubblica amministrazione nel termine di trent'anni^[43].

Nello specifico, detto rimedio veniva ammesso per eseguire il giudicato che avesse riconosciuto «la lesione di un diritto civile o politico» ai sensi dell'art. 4, n. 4, della l. n. 5992/1889, poi trasfuso nei testi unici sul Consiglio di Stato approvati con r.d. n. 6166/1889, n. 638/1907 e n. 1054/1924. Si trattava di un termine passibile di interruzione: l'art. 2123 del codice civile del Regno d'Italia del 1865, infatti, disponeva che la prescrizione – cui risultava assoggettata pure l'*actio indicati*, in assenza di disposizioni contrarie – fosse interrompibile “civilmente”.

L'esecuzione del giudicato amministrativo^[44] a mezzo del ricorso di ottemperanza si afferma inizialmente a livello giurisprudenziale, per poi essere tipizzata ai sensi dell'art. 37, commi 3 e 4, della l. Tar, entrata in vigore quando il codice civile del 1942 aveva già ridotto a dieci anni il termine di prescrizione dell'*actio indicati*. Si deve, comunque, attendere fino alla legge di riforma n. 205/2000 per assistere all'ulteriore ampliamento dell'ambito di applicazione del rimedio tale da inglobare pure le decisioni esecutive, ancorchè non passate in giudicato, e le ordinanze pronunciate dal giudice amministrativo in sede cautelare.

Il Libro IV, titolo I, del codice del processo amministrativo conferma tali approdi e, al contempo, introduce alcune significative novità, fra cui l'estensione dei provvedimenti suscettibili di ottemperanza, l'espunzione della diffida all'autorità amministrativa ad adempiere prima della formale instaurazione del giudizio, come invece previsto dall'art. 90, comma 2, r.d. n. 642/1907, e l'esperibilità del rimedio in questione per ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza (art. 112, comma 5, c.p.a.).

La logica è quella di implementare l'effettività della tutela giurisdizionale a fronte di un precedente sindacato favorevole cui non è stata data spontanea esecuzione^[45].

In un simile conteso evolutivo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 24 del 2020 ha rilevato che la giurisprudenza non ha mai dubitato dell'applicazione in sede processuale amministrativa dell'art. 2953 c.c., in base al quale «i diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato, si prescrivono con il decorso di dieci anni», né dell'art. 2943, comma 4, c.c. per cui la prescrizione è fra l'altro interrotta «da ogni atto che valga a costituire in mora il debitore», trattandosi di giudicati aventi ad oggetto diritti soggettivi. La garanzia di tali situazioni, per i principi costituzionali di eguaglianza e di effettività della tutela, non avrebbe potuto essere inferiore a quella erogabile dal giudice ordinario.

Ha creato maggiori problemi il giudicato di annullamento di provvedimenti amministrativi illegittimi, quando è prevalsa l'esigenza di garantire certezza e stabilità ai rapporti di diritto pubblico e, conseguentemente, si è negata l'interrompibilità, a mezzo di atti stragiudiziali, del termine di “prescrizione” per la proposizione dell'*actio indicati*.

È quanto riconosciuto dall'Adunanza plenaria n. 5 del 1991, sentenza assunta come parametro di riferimento dalla citata ordinanza di rimessione n. 466 del 2020 secondo cui

L'art. 114, comma 1, c.p.a. individuerebbe, in realtà, un termine decadenziale, maggiormente coerente con l'impianto codicistico, cui rimane assoggettata l'azione di ottemperanza. In altre parole, tanto più che i termini processuali sono di norma perentori e, quindi, sottratti alla disponibilità delle parti, soltanto l'esercizio dell'*actio indicati* sarebbe idonea a produrre effetti interruttivi: «anche il precedente della Cass., sez. un., 2 aprile 2007, n. 8085, non si riferisce al caso di atti interruttivi stragiudiziali del termine dell'*actio indicati*; altri precedenti del Consiglio di Stato, pur ammettendo atti interruttivi del termine decennale dell'*actio indicati*, si riferiscono ad atti interruttivi giudiziali, mediante azione di ottemperanza o altro tipo di azione processuale (Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5558; Id., 16 novembre 2018, n. 6470)»^[6].

Una simile impostazione non è stata, tuttavia, avallata dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 24 del 2020, in base alla quale «il legislatore si è consapevolmente riferito alla prescrizione della “azione” senza fare riferimento alle posizioni giuridiche oggetto del giudicato».

In tale prospettiva è stato, altresì, neutralizzato il rilievo critico del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana secondo cui «la soluzione che ammette atti stragiudiziali interruttivi dell'*actio indicati* può condurre al paradossale risultato di una serie di atti interruttivi stragiudiziali fatti nell'imminenza dello scadere dei dieci anni, reiterati ogni dieci anni, per un tempo potenzialmente indefinito»^[7].

3. Il termine di prescrizione di cui all'art. 114, comma 1, c.p.a.

Sono ben noti i condizionamenti che il tradizionale giudizio di legittimità ha imposto al sindacato su diritti soggettivi nelle particolari materie di giurisdizione esclusiva^[8] e, più in generale, è difficile negare che il processo amministrativo sia tuttora condizionato dalla rilevanza dell'interesse pubblico rientrando nella titolarità della pubblica amministrazione parte del giudizio^[9].

Le categorie del processo civile, del resto, possono assumersi a modello solo se compatibili con la specialità del processo amministrativo. Lo conferma la norma sul rinvio esterno (art. 39 c.p.a.), che cristallizza l'autonomia della giurisdizione amministrativa, e, del pari, lo dimostrano diverse disposizioni codicistiche dalle quali è agevole desumere come la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, se può perdere rilevanza nell'ottica del riparto giurisdizionale, ben può preservarla sul piano strettamente processuale e dei rimedi attivabili dal ricorrente. Si pensi alle norme sull'arbitrato (art. 12), sulle domande riconvenzionali (art. 42, comma 5) o sul decreto ingiuntivo (art. 118), le quali fanno tutte riferimento a diritti soggettivi.

Pur non potendosi predicare una vera e propria equiparazione delle forme di tutela erogabile alle situazioni oggetto del giudicato, come si intuisce, rientra nella discrezionalità del legislatore riferirsi specificamente ai rimedi processuali.

È quanto accade in sede di art. 114, comma 1, c.p.a. là dove la “prescrizione” è stata posta in relazione all'esercizio della “azione”. Quando l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 24 del 2020 sostiene che il termine di prescrizione può essere interrotto con atto stragiudiziale «in ogni caso» intende, appunto, affermare che, indipendentemente dal fatto che il giudicato riguardi diritti soggettivi o interessi legittimi, è necessario considerare il rimedio rappresentato dall'*actio indicati* e non la natura della situazione dedotta in giudizio.

L'art. 114, comma 1, c.p.a. delinea una regola consapevolmente unitaria ai fini della proposizione del ricorso di ottemperanza, con riferimento sia ai diritti che agli interessi legittimi, compatibile con l'assetto costituzionale della giustizia amministrativa e, in particolare, con il principio di effettività della tutela, nonché con gli artt. 97 e 111 Cost. sotto il profilo del buon andamento dell'amministrazione e del giusto processo, con specifico riguardo alla ragionevole durata dei giudizi.

In tale apparato concettuale, in primo luogo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato osserva che «una specifica ed autonoma portata applicativa dell'art. 114, comma 1, ha riguardato proprio l'*actio iudicati* riguardanti i giudicati aventi per oggetto posizioni di interesse legittimo, nel senso che il legislatore ha espressamente ammesso, in ogni caso, che il termine decennale, proprio perché è di prescrizione e non di decadenza, possa essere interrotto anche con idonei atti stragiudiziali, senza la necessità che entro il termine decennale sia notificato il ricorso d'ottemperanza».

In secondo luogo, la sentenza in nota rileva che:

a) la mancata esecuzione del giudicato si pone in sé in contrasto con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa;

b) il ricorso di ottemperanza rappresenta l'*extrema ratio* per ottenere, in sede di giurisdizione di merito, l'esecuzione del giudicato qualora, in sede amministrativa, sia mancata la definizione della questione conforme al giudicato stesso, pure a seguito dei contatti eventualmente intercorsi tra le parti, i quali vanno considerati di per sé consentiti dal sistema e, in particolare, dall'art. 11 della l. n. 241/1990, da interpretarsi «nel senso che ben può essere concluso un accordo di natura transattiva volto a definire una volta per tutte la controversia (Cons. Stato, sez. IV, 11 agosto 2020, n. 4990)»;

c) il principio della ragionevole durata processuale si riferisce al periodo entro il quale deve intervenire la risposta di giustizia e non può essere inteso nel senso che sia precluso al legislatore fissare una regola secondo cui – intervenuto un giudicato favorevole – chi ha titolo ad ottenere l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto preferisca sollecitare la pubblica amministrazione soccombente senza ricorrere al giudice dell'ottemperanza, confidando che la stessa, nel rispetto dei propri doveri istituzionali, dia esecuzione al giudicato^[10].

4. L'Adunanza plenaria n. 24 del 2020 e la specialità del giudizio amministrativo.

L'apprezzamento nei confronti della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 24 del 2020, la quale «ha evitato una di quelle ibridazioni che nel futuro prossimo venturo avrebbero altrimenti originato quasi sicuramente questioni di giurisdizione a non finire»^[11], può condividersi anche per le ripercussioni destinate ad avere sul piano dei rapporti tra plessi giurisdizionali, i cui persistenti profili di incertezza risultano ben inquadrabili alla luce dell'ordinanza interlocutoria delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 18 settembre 2020, n. 19598^[12].

La pronuncia in nota si colloca in un solco tracciato dal medesimo organo di nomofilachia – si considerino, in particolare, le sentenze n. 2/2013, che rimarca la regola secondo cui il giudicato amministrativo copre il dedotto e non il deducibile^[13], n. 11/2016 relativa al

giudicato a formazione progressiva^[14], n. 2/2017 sul risarcimento dei danni connessi all'impossibilità di eseguire il giudicato^[15] e n. 7/2019 sulla c.d. ottemperanza di chiarimenti^[16] – che riflette la specialità del giudizio amministrativo, la quale si accompagna a dati normativi che disvelano persistenti tratti di oggettività del processo amministrativo^[17].

Appaiono emblematiche, in tal senso, le previsioni codicistiche sulla competenza territoriale inderogabile (art. 13), quelle sui temperamenti all'esercizio di azioni risarcitorie autonome a tutela di interessi legittimi (art. 30), sull'accertamento della nullità che può essere sempre opposta dalla parte resistente o rilevata d'ufficio dal giudice (art. 31, comma 4), le previsioni sulla rinuncia, che determina l'estinzione del giudizio «se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono» (art. 84, comma 3), quelle sull'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a., senza dimenticare gli ampi poteri di cui il giudice dispone in materia di appalti (artt. 120 ss., s.m.i.) o le peculiarità proprie del contenzioso elettorale (artt. 126 ss.).

Come ha riconosciuto la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5 del 27 aprile 2015^[18] «il principio dispositivo non può cancellare il dato di fatto che *l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni*; la visione del processo amministrativo nella logica “parte privata contro parte pubblica”, “interesse privato contro interesse pubblico”, non considera, sullo sfondo, l'interesse generale dell'intera collettività da un lato ad una corretta gestione della cosa pubblica, e dall'altro ad una corretta gestione del processo, anche per le ripercussioni finanziarie che ricadono sulla collettività». L'essenza di giustizia della decisione – prosegue la sentenza n. 5 del 2015 – è «ancora più avvertita nel processo amministrativo di legittimità concentrato sul controllo della legalità dell'azione amministrativa necessariamente esercitata in funzione dell'interesse pubblico: sarebbe paradossale che quanto teorizzato per il processo civile circa l'importanza della dimensione pubblica dello stesso, non trovasse piena applicazione per il processo amministrativo come disegnato, nella sua genesi storica repubblicana, dalla Costituzione».

In realtà, ben prima dell'entrata in vigore della Costituzione, la dimensione pubblica del processo amministrativo non era contestabile. La legge Crispi n. 5992 del 1889 ha creato un giudice nell'amministrazione in base alla constatata inadeguatezza del potere di disapplicazione riconosciuto dagli artt. 4 e 5 della l. n. 2248/1865, all. E, al giudice ordinario, inadatto a tutelare i privati nei confronti del potere amministrativo e, per l'esattezza, a garantire quelle situazioni soggettive dei privati che con tale potere “dialogano”^[19], ossia gli interessi legittimi.

Storicamente, la giurisdizione amministrativa nasce in quanto giurisdizione che meglio si modella sull'esercizio del potere e il giudice amministrativo esiste come giudice speciale in quanto il potere che la legge riconosce all'amministrazione per il perseguimento di fini di interesse generale è “speciale”. È questo il principale insegnamento ereditato dalla fondamentale sentenza n. 204 del 2004^[20] della Consulta^[21] ed è quanto si può, chiaramente, desumere dall'art. 7, comma 1, c.p.a. che fa del giudice amministrativo il giudice naturale^[22] precostituito a sindacare l'esercizio del potere amministrativo in funzione della tutela da accordare ai privati^[23]. Negare la specialità del giudizio amministrativo significherebbe, in ultima analisi, mettere in discussione la stessa esistenza del giudice amministrativo.

- [1] Con nota di F. D'Angelo, *La "decadenza" del processo amministrativo*, in questa *Rivista* (21 luglio 2020).
- [2] Nel senso dell'ammissibilità di atti stragiudiziali di interruzione dell'*actio indicati*, Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2014, n. 945; Id., 22 dicembre 2014, n. 6296; Id., sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6432; Id., sez. III, 23 novembre 2017, n. 5448; Cgars, 11 dicembre 2017, n. 544; *contra* Cons. Stato, ad. plen., 29 agosto 1991, n. 5; Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 1999, n. 274.
- [3] L'art. 2135 del codice civile del Regno d'Italia del 1865, infatti, disponeva in generale che «tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono col decorso di trent'anni».
- [4] Sulle origini e sull'evoluzione del giudicato amministrativo come (nuovo) "problema" della scienza giuridica, si veda S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, spec. 55 ss.
- [5] Sul punto cfr. E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 106.
- [6] Così l'ordinanza di rimessione del Cgars n. 466 del 2020.
- [7] Secondo il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana «una esegesi che conduce a un risultato paradossale è perciò solo da rigettare» (ord. n. 466 del 2020).
- [8] In tema, per tutti, V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; F. Ledda, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato. Atti del V Seminario della Sezione Umbra del C.I.S.A.*, Perugia 1970, Firenze, 1972, 21 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, Padova, 2000, 113 ss.
- [9] Cfr., da ultimo, F. Francario, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *www.federalismi.it*, n. 34/2020, 103.
- [10] L'indirizzo giurisprudenziale prevalente si è attestato sulla configurazione dell'ottemperanza come «giudizio misto di cognizione ed esecuzione che dà luogo a un giudicato a formazione progressiva»: così, fra le ultime, Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4004, con nota di M. Ricciardo Calderaro, *Ottemperanza di chiarimenti e appellabilità della decisione*, in questa *Rivista*, 16 luglio 2020. Già M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 17-19 settembre 1981)*, Milano, 1983, 65 ss., aveva ricostruito l'ottemperanza come "giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione". Il carattere esecutivo del processo in questione è valorizzato, fra gli altri, da R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 369 ss.; viceversa, il carattere essenzialmente cognitivo del processo è sottolineato da A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 1238. Una simile impostazione, a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, è preferibile anche secondo F. Francario, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in *Il processo*, n. 3/2018, successivamente pubblicato in Id., *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019, 209 ss., il quale conclusivamente osserva «come la possibilità di considerare il giudizio di ottemperanza un processo esecutivo sia sicuramente da escludere alle origini, allorché l'istituto venne pensato ed applicato per assicurare l'osservanza da parte della Pubblica Amministrazione unicamente delle sentenze del giudice ordinario; e come sia improprio qualificare il giudizio di ottemperanza come un giudizio di esecuzione anche quando l'istituto viene applicato alle sentenze del giudice amministrativo», in relazione alle quali viene in rilievo un giudizio «con una cognizione estesa ai profili discrezionali eventualmente ancora consentiti alla decisione amministrativa successivamente al giudicato e con i conseguenti poteri decisorii anche nel merito» (p. 244).
- [11] F. Francario, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, cit., 104.
- [12] L'ordinanza in questione ha immediatamente originato un acceso dibattito, come dimostra l'ampiezza e lo spessore delle sue annotazioni, numerose anche in questa *Rivista*: F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferno (la questione di giurisdizione)* (11 novembre 2020); M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia* (11 dicembre 2020); B. Nascimbene - P. Piva, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di Giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?* (24 novembre 2020); M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020* (30 novembre 2020); G. Tropea, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione"* (7 ottobre 2020).

[13] Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, con note di A. Falchi Delitalia, *Il giudice dell'ottemperanza come "giudice naturale dell'esecuzione della sentenza"*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1846 ss.; ivi N. Spadaro, *Brevi considerazioni in tema di giudizio di ottemperanza*, 1864 ss.

[14] Cons. Stato, ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, con note di N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1159 ss.; S. Vaccari, *"Ius superveniens" e giudicato a formazione progressiva*, in *Foro it.*, 2017, IV, 204 ss.

[15] Cons. Stato, ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, con nota di F.G. Scoca, *Impossibilità di esecuzione del giudicato e azioni conseguenti*, in *Corr. giur.*, 2017, 1257 ss.

[16] Cons. Stato, ad. plen., 9 maggio 2019, n. 7, con note di S. Aurilio, *La statuizione relativa alla penalità di mora può essere modificata in sede di c.d. "ottemperanza di chiarimenti" purché se ne dimostri la manifesta iniquità*, in S. Toschei (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2020, 820 ss.; M.M. Cellini, *La penalità di mora nel processo amministrativo tra precarietà della statuizione ed effettività della tutela giurisdizionale*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2021.

[17] Per una ricognizione, si segnala la raccolta di contributi pubblicati in F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli. Atti del Convegno di Modanella*, Napoli, 2017. Si veda, inoltre, P.L. Portaluri, *Le "macchine pigre" ed un Codice ben temperato*, in *Foro amm. Tar*, 2011, 669 ss.

[18] In relazione alla quale v. L.R. Perfetti - G. Tropea, *"Heart of darkness": l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame e assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 205 ss.; A. Travi, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286 ss.

[19] Per riprendere la significativa immagine offerta da F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 25.

[20] E della successiva sentenza della Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, commentata da M.A. Sandulli, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte Costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti "acquisitivi"*, in www.federalismi.it, 2006; A. Travi, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2006, I, 1625 ss.

[21] Così, da ultimo, il Pres. F. Patroni Griffi in occasione del webinar - Modanella 2020 *La questione di giurisdizione. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa* (9 dicembre 2020), in questa *Rivista* (12 dicembre 2020).

[22] Cfr. M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 643 ss.

[23] Come è stato significativamente affermato da V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 988: «è peculiare del processo amministrativo la circostanza che esso è volto a soddisfare pretese di soggetti nei confronti di potestà pubbliche, per cui anche il processo esecutivo non si svolge nello schema proprio del processo civile diritto-obbligo, bensì nello schema del sindacato sulla potestà».

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1829 – 28 giugno 2021

Forme di tutela dell'interesse alla (tempestiva) conclusione del procedimento (nota a Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 20 aprile 2021, n. 4597)

di Marco Ragusa

Sommario: 1. La fattispecie- 2. Le ragioni della decisione: l'ambigua natura dell'indennizzo *ex art. 2 bis*, c. 1 *bis*, l. n. 241/1990 - 2.1. L'indennizzo (o gli indennizzi?) introdotti dall'art. 28 del «decreto del fare»; 2.2. Indennizzo e risarcimento del danno da ritardo nell'art. 2 *bis* l. n. 241/1990 - 3. Considerazioni sull'impianto motivato della decisione - 4. Osservazioni conclusive.

1. La fattispecie

Gli eredi di un noto artista, le cui spoglie erano state inizialmente seppellite presso il Comune di Ardea, richiedevano a quest'ultimo, il 23 maggio del 2019, l'autorizzazione all'estumulazione della salma e al trasporto della stessa presso il cimitero di San Benedetto del Tronto, per potere lì provvedere alla sua cremazione. Con la stessa istanza veniva richiesta l'autorizzazione al successivo trasferimento delle ceneri presso il Comune di Aprilia, dove l'urna avrebbe dovuto essere custodita per il futuro, insieme a quella contenente le ceneri della moglie dell'artista, in ossequio alla volontà testamentaria espressa dai coniugi^[1].

L'amministrazione ardeatina non concludeva il procedimento nel termine allo stesso applicabile: gli eredi agivano così innanzi al Tar del Lazio che, accertato l'obbligo di provvedere in capo al Comune, condannava quest'ultimo all'adempimento, nominava un commissario *ad acta* per l'ipotesi del protrarsi dell'inerzia e disponeva il mutamento del rito

in ordinario al fine dell'esame della domanda di risarcimento del danno da ritardo e di quella volta al pagamento dell'indennizzo *ex art. 2 bis, c. 1 bis, l. n. 241/1990*[2].

Con la sentenza qui annotata il Tar ha definito tali azioni consequenziali, respingendole.

Merita alcune brevi riflessioni, in particolare, il capo della pronuncia in cui, negando il diritto dei ricorrenti all'indennizzo, il Tribunale ha dato di tale istituto un inquadramento non conforme alle posizioni più diffuse in giurisprudenza (sebbene, alla stregua di queste, idoneo a limitarne sensibilmente l'ambito di applicazione).

2. Le ragioni della decisione: l'ambigua natura dell'indennizzo *ex art. 2 bis, c. 1 bis, l. n. 241/1990*

La motivazione della sentenza illustra i fatti successivi alla pubblicazione della prima pronuncia, con la quale il Comune resistente è stato condannato a provvedere: l'adozione, da parte del sindaco, di un atto elusivo della decisione emessa *ex art. 117, c. 2, c.p.a.*; il conseguente insediamento del commissario *ad acta* e l'accoglimento, da parte di quest'ultimo, dell'istanza dei ricorrenti (26 novembre 2020); la reiterazione della medesima autorizzazione a fronte della perdurante inottemperanza degli uffici comunali (4 gennaio 2021); l'ulteriore ritardo dell'ente nel consentire il concreto svolgimento delle operazioni di estumulazione. A fronte di un termine di trenta giorni previsto per la conclusione del procedimento, in sintesi, l'istanza veniva definitivamente accolta dopo poco meno di seicento giorni.

L'omessa allegazione e prova, da parte dei ricorrenti, dei danni dai medesimi patiti a causa del ritardo dell'amministrazione costituisce l'unico argomento posto espressamente dalla decisione a fondamento della (più che succinta) statuizione di rigetto della domanda risarcitoria[3].

La medesima ragione è, tuttavia, anche il primo pilastro della più articolata motivazione relativa al mancato riconoscimento del diritto all'indennizzo.

Il risarcimento del danno e l'indennizzo, contemplati rispettivamente dai commi 1 e 1 *bis* dell'*art. 2 bis l. proc.*, secondo il Tar, «dipendono da un medesimo presupposto in fatto (ossia la violazione del termine di conclusione del procedimento) e condividono la medesima finalità compensativa»[4].

Il primo aspetto – che, cioè, i diritti contemplati dai due commi dell'*art. 2 bis cit.* derivino entrambi dal medesimo *fatto illecito*[5] – è centrale nell'argomentazione del Tar.

Tale rilievo impedirebbe, infatti, l'assimilazione dell'indennizzo a omonimi istituti aventi il fine di riequilibrare «interessi meritevoli di tutela in conflitto fra loro»: non costituendo, al contrario di questi, un «meccanismo che la legge predispose a fronte di attività legittime [...] per motivi di equità sostanziale»[6], l'indennizzo (come il risarcimento) non potrebbe considerarsi un mero automatismo attivabile a fronte dell'inerzia provvedimentoale, ma rappresenterebbe piuttosto una forma di riparazione del sacrificio imposto a «un interesse meritevole di tutela *ulteriore e distinto* da quello alla tempestiva conclusione del procedimento»[7].

In altri termini: l'interesse alla *tempestiva* conclusione del procedimento non si distinguerebbe, in sé, dall'interesse alla conclusione (senza aggettivi) del procedimento. Esso dovrebbe pertanto ritenersi pienamente soddisfatto dall'emanazione del provvedimento: poco importa che tale risultato sia conseguito dall'istante a distanza di molto tempo dalla scadenza del termine (magari con defatigante e superfluo aggravio degli oneri di partecipazione procedimentale e solo a seguito del vittorioso esperimento di un giudizio avverso il silenzio), salvo che sia data prova dell'esistenza di specifici danni subiti in ragione delle lungaggini procedurali[8].

La validità di questa interpretazione dell'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, l. proc. viene dimostrata in sentenza mediante il ricorso a due distinzioni: da una parte quella tra l'istituto in parola e l'indennizzo di cui all'art. 28, c. 1, d.l. n. 69 del 2013[9], dall'altra quella tra i diritti contemplati dai due commi dell'art. 2 *bis* cit.. La novità di questo approccio ne consiglia una più dettagliata descrizione.

2.1. L'indennizzo (o gli indennizzi?) introdotti dall'art. 28 del «decreto del fare»

Il comma 1 *bis* è stato aggiunto all'art. 2 *bis* della legge sul procedimento dall'art. 28, c. 9, d.l. n. 69/2013. La norma dispone che, fatto salvo il diritto al risarcimento del danno «e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

È noto che il comma 1 dell'art. 28 cit. ha altresì disposto, con previsione in parte analoga, che le pubbliche amministrazioni, «in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento amministrativo iniziato ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, corrispondono all'interessato, a titolo di indennizzo per il mero ritardo, una somma pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo con decorrenza dalla data di scadenza del termine del procedimento, comunque complessivamente non superiore a 2.000 euro». A tal fine l'istante ha l'onere di attivare, entro venti giorni dalla scadenza del termine procedimentale, la procedura contemplata dal comma 9 *ter* dell'art. 2 l. n. 241/1990, chiedendo all'organo titolare del potere sostitutivo anche il pagamento dell'indennizzo (art. 28, c. 2, d.l. n. 69/2013). Tanto nell'ipotesi di perdurante inerzia provvedimento, quanto nel caso di mancata liquidazione dell'indennizzo dovuto, può essere proposta domanda giudiziale nelle forme dei riti speciali *ex* art. 117 o 118 c.p.a. (art. 28 cit., cc. 3 e 4). Le informazioni relative all'indennizzo, alle modalità per ottenerlo, al titolare del potere sostitutivo e ai termini a questi assegnati per la conclusione del procedimento devono essere fornite con la comunicazione di avvio del procedimento e pubblicate in conformità all'art. 35 d.lgs. n. 33 del 2013.

Comprendere quale sia il rapporto tra le disposizioni dettate dai commi 1 e 9 del citato art. 28 – se cioè essi contemplino due diversi diritti all'indennizzo, oppure si riferiscano al medesimo istituto – rileva, ad avviso del Tar, sotto due principali aspetti.

In primo luogo perché, considerando l'indennizzo introdotto dalla novella alla legge sul procedimento distinto da quello di cui all'art. 28 c. 1 cit., la disciplina per quest'ultimo

specificamente dettata dovrebbe ritenersi non estensibile al primo: la predeterminazione *ex lege* dell'ammontare, l'onere di previa attivazione della competenza sostitutiva (nonché, potrebbe aggiungersi, l'esplicito assoggettamento della domanda al rito camerale e gli obblighi di comunicazione e di pubblicazione imposti all'amministrazione) riguarderebbero, insomma, soltanto il secondo istituto.

Inoltre (e soprattutto), se si trattasse di due istituti distinti, potrebbe ritenersi riferito soltanto all'indennizzo di cui all'art. 28, c. 1, d.l. n. 68/2013 il successivo comma 10, ai sensi del quale «le disposizioni del presente articolo si applicano, in via sperimentale e dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ai procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa iniziati successivamente alla medesima data di entrata in vigore». Il comma 12 dell'art. 28 prevede inoltre che, al termine del periodo «sperimentale» (della durata minima di diciotto mesi) con regolamento di delegificazione si possano confermare o modificare le condizioni e le modalità stabilite ai commi 1 ss. dell'art. 28, nonché l'ambito di applicazione definito dal citato comma 10: anche questa previsione, secondo il Tar, non sarebbe riferibile all'indennizzo *ex art. 2 bis* l. proc., qualora quest'ultimo si ritenesse distinto da quello di cui al citato art. 28, c. 1[10].

Per il Tribunale è indubbio che le due norme con cui, nel d.l. del 2013, è stata introdotta una tutela indennitaria per le ipotesi di inerzia provvedimento non siano tra loro in alcun modo sovrapponibili: questa conclusione è raggiunta attraverso un'analisi sistematica delle disposizioni di cui all'art. 28 cit., dalla quale la sentenza trae una precisa interpretazione della volontà del legislatore.

Quest'ultimo avrebbe inteso apprestare una tutela indennitaria, limitata e uniforme nell'ammontare, in favore delle imprese, «per le quali è non irragionevole ritenere il “tempo” e la certezza della conclusione del procedimento quale interesse meritevole di tutela» e rispetto alle quali il «bene tempo» non rappresenterebbe «un valore fortemente soggettivo e come tale esposto ad incerta quantificabilità sotto il profilo monetario»[11].

Tale forfettizzazione, ad una con il suo massimale, non sarebbe invece applicabile all'indennizzo previsto dall'art. 2 *bis* della legge n. 241/1990: quest'ultimo potrebbe essere dunque liquidato equitativamente e senza necessità di attivare la procedura di cui all'art. 2, c. 9 *ter*, della legge sul procedimento.

La distinzione che ha più rilievo ai fini del rigetto della domanda, tuttavia, riguarda il profilo dell'automaticità: pacifica con riferimento alla misura indennitaria di cui all'art. 28, c. 1, d.l. n. 69/2013, da escludersi in relazione a quella contemplata dall'art. 2 *bis* l. proc., che esige invece l'allegazione e la prova del danno subito dall'amministrato.

Ricostruendo *a contrario* gli argomenti impiegati in motivazione, sembrerebbe dunque che nei confronti delle imprese, a differenza che per ogni altro amministrato, il legislatore attribuisca rilievo giuridico autonomo all'interesse alla tempestiva conclusione del procedimento, distinguendolo da quello all'adozione (in sé) del provvedimento[12].

Benché il Tar non lo dica espressamente, peraltro, è la stessa predeterminazione legale dell'importo a neutralizzare, limitatamente all'indennizzo *ex art. 28*, c. 1, cit., un altro argomento che la sentenza impiega per escludere che il diritto *ex art. 2 bis*, c. 1 *bis*, l. proc. sorga automaticamente, a fronte del mero spirare del termine procedimentale. Benché,

infatti, l'art. 28 c. 1 cit. imponga la liquidazione dell'indennizzo anche in assenza di un effettivo danno subito dall'impresa istante – circostanza che, secondo uno dei motivi che sorreggono la decisione qui annotata, ne dovrebbe attestare la «natura sostanzialmente sanzionatoria» – la norma non solleverebbe dubbi di legittimità costituzionale, poiché la determinazione della «sanzione [non] risulterebbe affidata al mero arbitrio del giudice»^[13].

Non v'è dubbio, in sintesi, che l'indennizzo di cui all'art. 2 *bis* l. n. 241/1990 abbia, secondo il Tar, natura risarcitoria: se esso non funge da corrispettivo per il trasferimento forzoso di un diritto o per la costituzione di un nuovo diritto in capo ad altri, non esprime la corrispettività tra il «prezzo» di un rischio diffuso e il «prezzo» del pregiudizio subito dal titolare del diritto in cui danno quel rischio si è concretato, non mira a mitigare, per ragioni di equità, la responsabilità dell'obbligato, non è soggetto a criteri di liquidazione forfettari, o comunque svincolati dall'entità del danno, allora è evidente come tale misura debba necessariamente ritenersi (puramente e semplicemente) strumentale a reintegrare il patrimonio dell'amministrato a fonte della lesione materiale di un suo bene o interesse. E, così configurato, l'indennizzo da ritardo contemplato dalla legge sul procedimento non potrebbe qualificarsi se non come un risarcimento del danno in senso stretto^[14].

2.2. Indennizzo e risarcimento del danno da ritardo nell'art. 2 *bis* l. n. 241/1990

Veniamo allora alla seconda distinzione, per comprendere in cosa, a opinione del Tar Lazio, il risarcimento del danno previsto dal comma 1 *bis* dell'art. 2 *bis* l. n. 241/1990, che il legislatore qualifica «indennizzo», si differenzi dal risarcimento contemplato dal comma 1.

Tale distinzione, si afferma, risiederebbe, da un lato, nella natura dei danni risarcibili e, dall'altro, nella «liquidazione semplificata» ammessa dal legislatore per i pregiudizi alla cui riparazione è destinata la tutela *ex art. 2 bis*, c. 1 *bis*, l. proc., rispetto a quella (non «semplificata») imposta dal comma 1.

Sotto il primo aspetto, il Tribunale amministrativo ritiene che la misura indennitaria sia volta alla compensazione di pregiudizi a carattere non patrimoniale, mentre il risarcimento *ex art. 2 bis*, c. 1, mirerebbe alla riparazione di danni patrimoniali^[15].

Questa interpretazione dell'art. 2 *bis* cit. è strettamente collegata al secondo elemento distintivo individuato dal Tar tra le due misure: è, infatti, la natura non patrimoniale dell'interesse leso a spiegare (e a giustificare) la semplificazione prevista dal legislatore con riferimento all'indennizzo, «strumento più agevole e di pronta liquidazione»^[16].

Ma in cosa consiste questa semplificazione?

Stando alla motivazione della sentenza – in conformità alla giurisprudenza di gran lunga maggioritaria, la cui tesi ha di recente ricevuto un nuovo avallo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato^[17] – la conformazione della responsabilità da ritardo di cui all'art. 2 *bis*, c. 1, corrisponde *in toto* allo schema aquiliano: chi pretenda di essere risarcito dovrà dunque dare prova «sia del pregiudizio che del suo ammontare, della sua riferibilità al ritardo e della sussistenza della colpa o del dolo dell'Amministrazione nel non aver provveduto nei termini dovuti».

Per ottenere l'indennizzo, invece «il danneggiato dovrà solo allegare il ritardo e la sussistenza dell'interesse leso»^[18].

In realtà, tale astratta e suggestiva contrapposizione tra gli oneri imposti per l'accesso all'una o all'altra tutela risulta molto mitigata se si guarda al quadro complessivo della motivazione, che indica ulteriori profili di concreta sovrapposizione tra la disciplina del risarcimento e quella dell'indennizzo.

Innanzitutto, quanto all'allegazione e alla prova del danno, abbiamo già visto che, a opinione del Tar, esse sono imprescindibili tanto ai sensi del comma 1, quanto per il comma 1 *bis* dell'art. 2 *bis* cit..

Né, pare, avrebbe senso sostenere che, mentre ai sensi del primo comma il danneggiato è onerato della quantificazione del pregiudizio subito, ai sensi del comma successivo l'ammontare del danno non debba essere specificamente provato: proprio adottando la prospettiva sposata dalla sentenza, infatti, lungi dall'essere una conseguenza della «semplificazione» apprestata dal legislatore, la cennata differenza deriverebbe piuttosto dal fatto che solo il danno risarcibile è «patrimonialmente valutabile», mentre quello indennizzabile, di natura non patrimoniale, non potrà che essere quantificato per mezzo di una valutazione equitativa^[19].

Quanto alla prova del nesso di causalità, sebbene non espressamente richiesta dal c. 1 *bis* cit., non sembra che, onerato dell'allegazione e della prova del danno, il ricorrente possa prescindere da una dimostrazione (nei limiti fisiologici alla natura non patrimoniale del danno) della riferibilità di quest'ultimo all'inerzia provvedimentoale della P.A.: a meno che non si ritenga che qualsiasi stato di afflizione morale, di disagio psicologico e comportamentale patito dall'istante nel periodo di tempo che intercorre tra la scadenza del termine procedimentale e l'effettiva emanazione del provvedimento debba presumersi essere conseguenza dell'inerzia dell'amministrazione, onerando quest'ultima di fornire l'eventuale prova contraria.

Qualche notazione in più richiede, infine, il profilo di distinzione tra risarcimento e indennizzo formalmente ancorato al fatto che solo per il primo è richiesta la prova dell'elemento soggettivo, quando invece, chi domandi una tutela *ex art. 2 bis*, c. 1 *bis*, non è tenuto a dimostrare la natura dolosa o colposa del ritardo della P.A..

Analizzando il materiale attecchirsi di questa astratta distinzione, come tratteggiato dalla motivazione, ci si imbatte infatti nel secondo pilastro su cui si fonda la decisione, pilastro idoneo a sorreggerne le conclusioni «anche a ritenere *in re ipsa*»^[20] il danno in ogni ipotesi di violazione dei termini procedimentali, «anche laddove» (la pronuncia lo ribadisce più d'una volta) «si ritenga che nel ritardo sia insita una lesione intrinseca dell'interesse dei ricorrenti e dunque il provvedimento tardivo non sia stato completamente soddisfacente»^[21].

Dalla premessa secondo cui, per ottenere l'indennizzo da ritardo, non è richiesta la prova del dolo o della colpa, a detta del Tar, non può trarsi infatti la conclusione che l'elemento soggettivo della responsabilità dell'amministrazione sia comunque irrilevante.

Al contrario, qualora il ritardo sia passibile di una «ragionevole “giustificabilità”», esso non può «ricondersi ad una ordinaria forma di cattiva amministrazione o inerzia»: la

«giustificabilità» è, pertanto, sufficiente «ad escludere una responsabilità [tanto] risarcitoria [quanto] indennitaria»^[22].

Anche sotto questo profilo, di conseguenza, il discrimine tra risarcimento e indennizzo fissato dal Tar è più sfumato di quanto possa sembrare a un primo esame: l'enfaticata inversione dell'onere della prova, infatti, si rivela in concreto ben poca cosa.

Se è vero che l'assunzione di dolo e colpa a presupposti dell'azione risarcitoria si traduce, nei fatti, nel mero onere del danneggiato di far menzione di circostanze la cui esistenza è attestata dagli stessi atti del procedimento (indici del lassismo o – all'opposto – dell'iperattività endoprocedimentale della P.A.) e se, per escludere il rilievo giuridico di tali circostanze, l'amministrazione deve invocare, anche nell'ambito della responsabilità risarcitoria, la «giustificabilità» del proprio comportamento^[23], non è facile comprendere, anche sotto questo aspetto, quale sia la «semplificazione» che la legge appresta, secondo il Tar, per l'accesso alla tutela indennitaria.

3. Considerazioni sull'impianto motivo della decisione

La motivazione della sentenza in commento presenta diversi profili di contraddittorietà, sia interna, sia esterna.

Sotto quest'ultimo aspetto, è evidente la distonia della pronuncia con gli argomenti che lo stesso giudice aveva posto a fondamento della prima decisione, con cui era stato accolto il ricorso avverso il silenzio.

In quest'ultima si afferma a chiare lettere che gli interessi di cui il Comune aveva inteso farsi portatore (e la cui complessa valutazione aveva costituito la ragione materiale del ritardo procedimentale) non potessero assumere alcun giuridico rilievo ai fini dell'adozione del provvedimento (né, quindi, giustificare l'inerzia provvedimentale): l'accoglimento dell'istanza di traslazione della salma, oggetto di causa, dipendeva infatti «esclusivamente dalla sussistenza delle condizioni previste [...] dal Regolamento di Polizia Mortuaria e non anche da valutazioni di opportunità e di merito amministrativo legate alla tutela degli interessi locali, che dunque non possono essere presi in considerazione dall'Amministrazione ai fini del diniego della istanza o per ritardarne l'esito»^[24].

In altri termini, quanto all'accertamento dei presupposti, il potere autorizzatorio del Comune doveva ritenersi vincolato e, in ogni caso, pur ammessone un qualche margine di discrezionalità, nessuno spazio avrebbe potuto assumere al suo interno la considerazione dell'interesse della collettività cittadina a mantenere presso il proprio cimitero la sepoltura del noto artista.

La sentenza qui annotata, al contrario, qualifica la valutazione di tale interesse, da parte della P.A., indice della «giustificabilità» del ritardo: la «particolare forma di “pietas” collettiva» che il Comune di Ardea aveva inteso tutelare quale ente esponenziale della collettività locale, non può considerarsi «prevalente sul diritto dei congiunti, ma di certo neppure priva di un proprio rilievo»^[25].

Per non rilevare una stridente contraddizione tra i due pronunciamenti, insomma, il «rilevato» della «*pietas*» della collettività locale, privo di giuridica consistenza, dovrebbe ritenersi di carattere morale, di mero fatto, comunque pre-giuridico: può un tale rilievo giustificare il sacrificio del diritto (al risarcimento e all'indennizzo) dei ricorrenti? Così non pare: sembra anzi che, a fronte di una così palese deviazione dell'agire amministrativo dal suo paradigma normativo (un agire che il Tar qualifica clementemente «*solo* sviato nei presupposti di fatto»^[26]) sarebbe difficile non ritenere pienamente dimostrata la colpa grave della P.A., in un grado tanto elevato da non ammettere «giustificazione» alcuna.

Quanto ai profili di incoerenza interna, deve evidenziarsi, innanzitutto, l'irregolare tracciato della linea di confine posta dalla decisione tra l'indennizzo *ex* art. 28, c. 1, d.l. n. 69 del 2013, da un lato, e i rimedi contemplati dai due commi dell'art. 2 *bis* l. proc., dall'altro.

Il Tar sostiene infatti che, con riferimento alla prima tutela (limitata all'ambito di applicazione transitoriamente definito dallo stesso art. 28, c. 10, cit.), la previsione di un onere procedimentale che condiziona l'accesso all'indennizzo (l'attivazione della procedura sostitutiva *ex* art. 2, c. 9 *ter*, l. proc.) abbia la funzione di bilanciare l'automaticità di tale rimedio^[27]. Tuttavia, poche righe dopo, nella stessa decisione si afferma che, anche per l'accesso alla tutela risarcitoria o indennitaria di cui all'art. 2 *bis* cit., si impone all'istante insoddisfatto l'esperimento di «una procedura sostitutiva (laddove quest'ultima sia esperibile), o comunque un diverso rimedio sollecitatorio (ma non in applicazione diretta del comma 2 dell'art. 28 del DL 69/2013, che, come indicato, riguarda altra fattispecie, bensì del più generale principio di cui all'art. 1227 cod.civ.)»^[28].

Quanto alla mancata prova in giudizio del danno oggetto dell'indennizzo, poi, è la stessa qualificazione «non patrimoniale» a far dubitare della consequenzialità delle conclusioni raggiunte rispetto agli argomenti impiegati in motivazione dal Tar.

Al riguardo, non è peregrino scorgere un parallelo tra il criterio distintivo individuato in sentenza (sia tra le tutele fruibili *ex* art. 2 *bis* l. n. 241/1990, sia tra quella contemplata dal comma 1 *bis* di tale norma e l'indennizzo *ex* art. 28, c. 1 cit.) e il discrimine che la giurisprudenza della Corte di cassazione ha posto tra i rimedi offerti alle parti di un processo di cui venga accertata l'irragionevole durata, per ottenere l'equa riparazione ai sensi della legge n. 89/2001: anche in questa materia, infatti, la natura del danno (patrimoniale o non patrimoniale) determina l'applicazione di un differente riparto dell'onere di allegazione e prova. E tuttavia, proprio in materia di equa riparazione, nella giurisprudenza della Suprema Corte è ormai consolidato l'orientamento secondo il quale «il danno non patrimoniale conseguente alla durata non ragionevole del processo, una volta che sia stata provata detta violazione [...] viene normalmente liquidato [...] senza bisogno che la sua sussistenza sia provata, sia pure in via soltanto presuntiva. E ciò a differenza del danno patrimoniale, per cui si richiede invece la prova della sua esistenza»^[29]. La natura non patrimoniale del danno, insomma, dovrebbe condurre a conclusioni diametralmente opposte a quelle raggiunte dal Tar Lazio, che al contrario sottolinea una inversa distinzione tra l'indennizzo *ex* art. 28, c. 1, d.l. n. 96/2013 (automatico e avente funzione di riparazione patrimoniale) e l'indennizzo *ex* art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, della legge sul procedimento (volto alla compensazione di danni non patrimoniali, la cui sussistenza sarebbe onere del ricorrente provare).

Sotto altro profilo – e prescindendo dall'analogia suggerita dagli argomenti della sentenza in commento con le tutele *ex* legge Pinto – l'idea che la violazione di un precipuo obbligo di

legge (a fronte della quale la legge stessa prevede espressamente un diritto alla riparazione) non possa dar luogo a una presunzione in ordine all'esistenza del danno sembra anch'essa, in radice, smentita dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale afferma che, ove tali presupposti ricorrano, ben può il giudice procedere a una liquidazione equitativa, pur in difetto di un'allegazione di parte in ordine all'entità del pregiudizio patito. Contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, non osta a questa conclusione – e, anzi, ne corrobora la correttezza – il rilievo secondo cui, in questo modo, la norma che dalla violazione dell'obbligo fa derivare una specifica (e diretta) tutela configurerebbe una «misura di natura sanzionatoria»^[30].

«Sanzionatoria» è del resto, secondo la ricostruzione di certa dottrina, la funzione di una classe di rimedi che la decisione qui annotata non menziona tra gli esempi di «indennizzo» messi a raffronto con quello previsto dall'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, cit., e che tuttavia sembrano assai simili a quest'ultimo sul piano strutturale e su quello teleologico: ci si riferisce agli indennizzi automatici forfettari che, a far data dal 1994, è imposto di prevedere agli erogatori di servizi pubblici per le ipotesi di violazione degli obblighi assunti, nei confronti dell'utenza, mediante le carte del servizio^[31]. La novella alla legge sul procedimento è stata, peraltro, apportata da uno dei (sempre più numerosi) provvedimenti normativi orientati a qualificare l'attività amministrativa alla stregua di un servizio al pubblico, passibile di valutazione secondo standard di qualità che non descrivono il grado di soddisfazione dell'utenza sul piano dell'oggetto della prestazione, ma sul metro delle modalità impiegate per l'adempimento di quest'ultima: ciò sembra suggerire che, almeno nelle intenzioni, il legislatore abbia modellato l'indennizzo da ritardata conclusione del procedimento sul *topos* dell'indennizzo da disservizio^[32].

Proprio dando per buona la prima distinzione assunta a fondamento della motivazione (quella tra indennizzo *ex art. 28, c. 1, d.l. n. 68/2013* e indennizzo *ex art. 2 bis, c. 1 bis, l. proc.*), insomma, le conclusioni della decisione non sarebbero condivisibili.

I ricorrenti avevano infatti provato, nei limiti del materialmente possibile, sia la patente illegittimità del ritardo (peraltro già accertata dalla precedente sentenza), sia gli indici della colpa ravvisabile nel comportamento del Comune; la fattispecie escludeva inoltre, *ipso facto*, la possibilità di attivare un intervento sostitutivo o altri rimedi stragiudiziali avverso l'inerzia, poiché il rilascio dell'autorizzazione richiesta all'amministrazione rientrava fra le competenze del suo organo di vertice; che, infine, il tempo di definizione del procedimento avesse assunto, per i ricorrenti, un valore autonomo e distinto dall'interesse all'adozione del provvedimento non sarebbe stato di certo «arbitrario» presumere, sulla scorta delle stesse risultanze istruttorie: il giudice – proprio sulla base del (non condivisibile) inquadramento giuridico offerto alla *res litigiosa* – avrebbe dunque dovuto riconoscere il diritto all'indennizzo, liquidandone equitativamente l'ammontare.

4. Osservazioni conclusive

Se però, come appena rilevato, il rigetto della domanda di indennizzo appare errato alla luce delle premesse descritte in motivazione, la stessa statuizione sembra, al contrario, corretta ove tali premesse siano sottoposte a critica.

Al riguardo, sembra doversi rilevare come gli argomenti a cui fa ricorso il Collegio, prima ancora che non condivisibili, siano decisamente superflui ai fini del rigetto di una domanda di indennizzo che, in forza della legge vigente, non avrebbe potuto avere altra sorte.

Il Tar, infatti, avrebbe potuto raggiungere la stessa conclusione attraverso un percorso assai più breve e lineare, se solo avesse dato una diversa impostazione al problema relativo al rapporto tra il comma 1 e il comma 9 dell'art. 28 d.l. n. 69/2013. È dall'erronea interpretazione di tale rapporto che derivano per necessità, a cascata, le altre criticità argomentative *supra* segnalate.

È evidente, al riguardo, quanto la pessima formulazione della norma del 2013 abbia giocato un ruolo determinante nell'errore in cui è incorso il Tar; ma non v'è dubbio, d'altro canto, che l'esegesi accolta da quest'ultimo finisca col complicare la definizione della portata precettiva dell'art. 28 cit. più di quanto possa fare una interpretazione letterale del suo (scadente) dato testuale.

Prendiamo le mosse da un rilievo elementare, a cui si è già accennato.

L'art. 28, c. 10, del d.l. n. 69/2013 dispone una limitazione transitoria dell'ambito di applicazione per (*id est*: per tutte) le «disposizioni del presente articolo».

In difetto di un indice letterale o sistematico che impedisca l'inclusione in tale limitazione della novella alla legge sul procedimento introdotta dallo stesso art. 28 (comma 9), anche quest'ultima norma dovrebbe pertanto trovare applicazione, in costanza del periodo «sperimentale», esclusivamente con riferimento ai «procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa iniziati successivamente alla medesima data di entrata in vigore».

Di siffatti indici, ostativi all'accoglimento di un'interpretazione letterale, la sentenza in commento non fa menzione: si limita a negare – in ciò allineandosi all'opposto indirizzo che considera «fungibili» le due previsioni riferite all'indennizzo da ritardo procedimentale – che l'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, l. proc. sia interessato dalla predetta limitazione «sperimentale» e afferma che, di conseguenza, esso debba trovare applicazione generale e immediata, «anche in assenza del regolamento di cui al comma 12»^[33].

Tuttavia, pur ammessa (per assurdo) la validità di questa (immotivata) interpretazione del citato comma 10, non potrebbe ignorarsi che la necessità di definire per legge o con un regolamento di delegificazione le «condizioni» e le «modalità» di esercizio del diritto all'indennizzo da ritardo *ex* l. n. 241/1990 non deriva tanto dal comma 12 dell'art. 28 cit., quanto, piuttosto, direttamente dallo stesso comma 9: anche se l'indennizzo contemplato da tale norma fosse altra cosa rispetto a quello previsto dal comma 1, dunque, la pretesa alla sua corresponsione non sarebbe comunque azionabile, perché mancherebbe a monte una legge che fissi «condizioni» e «modalità» per l'accesso alla tutela^[34].

Il Tar Lazio, che non si confronta con questa condizione posta dall'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, ritiene necessario valorizzare la suggestiva circostanza che il comma 9 dell'art. 28 cit. abbia innestato la previsione dell'indennizzo in un testo «ben differente». Se, insomma, tra i tanti «rattoppi» del «decreto del fare», una norma esprime la vocazione a integrare stabilmente lo statuto generale dell'amministrato, novellando la legge sul procedimento, allora, per il Tar, occorre

dare un senso a tale specialità: «diversamente, l'art. 2 bis della l. 241/90 in nulla si differenzerebbe dalla previsione dell'art. 28, comma 1, del DL n. 69/2013»^[35].

In realtà, è solo considerando unitaria la tutela indennitaria introdotta dall'art. 28 cit. che si perviene a una interpretazione della disciplina priva di sovrapposizioni e più aderente al dato letterale.

Il cuore dell'art. 28 cit., in questa diversa prospettiva, deve identificarsi nel disposto del comma 9 e nella modifica che esso apporta alla legge sul procedimento: alle tutele (di adempimento e risarcitoria) già contemplate in precedenza, la norma del 2013 ha aggiunto una tutela indennitaria. Il concreto funzionamento di questa tutela («modalità» e «condizioni») deve essere tuttavia definito, almeno in prima battuta, «dalla legge»: e l'unica legge che ha assolto (e a tutt'oggi assolve) a tale funzione non può che essere lo stesso d.l. n. 69/2013, che mediante le altre disposizioni contenute all'art. 28 non fa che delineare, appunto, «condizioni» e «modalità» (l'ammontare dell'indennizzo, gli oneri procedurali che devono assolversi per farne richiesta, le modalità di proposizione e trattazione della domanda giudiziale, l'ambito di applicazione etc.).

In altri termini, allorché il Tar, nel sostenere che il comma 1 e il comma 9 dell'art. 28 siano fonti di due differenti diritti, afferma che «non avrebbe alcun senso ripetere una norma identica nella disciplina generale del procedimento amministrativo»^[36], trascura una differenza di rilievo tra le due disposizioni: una differenza che l'interpretazione letterale non consente, invece, di ignorare e che impedisce di considerare l'una previsione «identica» all'altra. Senza, tuttavia, alcuna necessità di ritenere i citati commi 1 e 9 quali fonti di due differenti diritti all'indennizzo.

Infatti, mentre il comma 9 dell'art. 28 d.l. n. 69/2013 ha quale referente il cittadino («[...] l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo [...]»), la formulazione del comma 1 è strutturalmente differente, poiché essa è rivolta alle amministrazioni («[...] corrispondono all'interessato, a titolo di indennizzo per il mero ritardo [...]): definendo i contenuti dell'obbligazione indennitaria, tale ultima previsione ha, appunto, lo scopo di dettare (alcune tra le) «condizioni» e «modalità» che permettono la soddisfazione del diritto sancito dall'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, l. n. 241/1990.

Se le «condizioni» e le «modalità» stabilite dalla «legge» (a cui rinvia l'art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, cit.) non fossero quelle fissate dall'art. 28, c. 1 ss., d.l. n. 68/2013, del resto, sarebbe impossibile comprendere perché mai il comma 1 *bis* cit. prefigurati, per la sua applicazione, l'adozione di un regolamento di delegificazione *ex* art. 27, c. 2, l. n. 400/1988 (analogamente al comma 12 dell'art. 28 cit.), anziché di un regolamento di esecuzione, di attuazione o integrazione, ovvero indipendente (art. 27, c. 1, lett. *a*, *b*, e *c* l. n. 400/1988).

Gli indennizzi a cui si riferiscono, da prospettive differenti, il comma 1 e il comma 9 dell'art. 28 d.l. n. 96/2013 sono, insomma, nient'altro che lo stesso istituto. Mentre il comma 9 sancisce il diritto alla tutela, gli altri commi ne definiscono, in conformità a ciò che il comma 9 esige, le «condizioni» e le «modalità» di soddisfazione^[37].

Tra queste «condizioni» e «modalità» rientra, si ripete, anche quella individuata dal comma 10: di modo che, a tutt'oggi, l'accesso all'indennizzo *ex* art. 2 *bis*, c. 1 *bis*, l. proc. deve ritenersi

limitato esclusivamente «ai procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa».

La fonte «ben differente» rappresentata, per il Tar, dalla legge sul procedimento non funge, insomma, che da manifesto per la proclamazione di un diritto dei cittadini che, ormai da otto anni è, in realtà, solo un diritto delle imprese^[38].

Può certo dubitarsi della ragionevolezza di questa discriminazione operata dal legislatore: non sembra così scontato, come invece pare ritenere il Tar, che il «bene tempo» costituisca oggetto di un interesse autonomo per un'impresa più di quanto non lo sia per un lavoratore subordinato costretto a richiedere un permesso non retribuito per recarsi presso un ufficio comunale (o per un cittadino privo di impiego, che quel tempo potrebbe destinare alla ricerca di un'occupazione). Né convince l'idea che il «bene tempo» sia per il cittadino comune un valore «fortemente soggettivo e come tale esposto ad incerta quantificabilità sotto il profilo monetario»^[39], o almeno che sia più «soggettivo» di quanto possa esserlo per una pizzeria o un'industria petrolchimica. Se questa irragionevolezza abbia rilievo in punto di legittimità costituzionale dell'art. 28, c. 10, d.l. n. 69 del 2013 è però un problema differente, che esula dall'oggetto di queste brevi notazioni.

Piuttosto, è opportuno evidenziare che la conclusione qui raggiunta (secondo la quale, semplicemente, non esiste a tutt'oggi una tutela indennitaria fruibile dal *quisve de populo* a fronte del ritardo provvedimento) non deve portare a un eccessivo sconforto, a ritenere insomma preferibile, malgrado la sua dubbia coerenza, la tesi sostenuta in sentenza: le modalità di accesso all'indennizzo descritte da quest'ultima, infatti, non sembrano più onerose – né sul piano sostanziale (allegazione e prova del danno), né sul piano processuale (soggezione della domanda al rito ordinario) – rispetto a quelle richieste dalla legge vigente per il risarcimento del danno *ex art. 2 bis*, c. 1, l. proc.. E non è azzardato ritenere che, correttamente ricostruitane la disciplina, la pronuncia in commento avrebbe potuto accordare ai ricorrenti l'altra tutela richiesta. Almeno stando alla descrizione dei fatti di causa contenuta in motivazione, infatti, sembrerebbero ricorrere nella fattispecie tutti gli elementi della responsabilità della P.A.: elementi a fronte dei quali il giudice avrebbe potuto ben procedere a una liquidazione equitativa (non dell'indennizzo, ma) del danno risarcibile.

[1] È doveroso segnalare che il dispositivo della pronuncia in commento «manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare i ricorrenti ed i loro genitori». Nella copia consultabile della decisione risultano tuttavia oscurati anche il nome del Comune resistente e quelli degli altri enti e luoghi a vario titolo coinvolti nella vicenda che ha dato origine al giudizio. Tale modalità di oscuramento renderebbe, in alcuni passi, pressoché incomprensibile la motivazione. Basti dire che i nomi dei tre Comuni sono, come di consueto accade, tutti sostituiti dallo stesso «-OMISSIS-»: di modo che, dove in motivazione si fa riferimento a uno dei tre enti, talora non si riesce a comprendere quale tra essi sia il Comune richiamato (quello di sepoltura, quello in cui provvedere alla cremazione o quello destinato a custodire in futuro le ceneri?). Non è stata – fortunatamente – oscurata l'indicazione del numero e dell'anno della precedente sentenza pronunciata *inter partes* (*infra*, nota 2), per la cui pubblicazione la Segreteria, pur avendo ricevuto dal Tar identico mandato, ha quantomeno sottratto all'oscuramento i dati relativi alle amministrazioni coinvolte: con l'ausilio di tale decisione, quella qui annotata diviene (non chiara ma almeno) comprensibile. Il paradosso è che se taluno, per mera curiosità, volesse indagare sull'identità del personaggio celebre (alle cui vicende *post mortem* si riferiscono i fatti narrati dalla motivazione della pronuncia in commento) o su quella dei suoi eredi, potrebbe agevolmente risalirvi, senza essere dotato di particolari abilità di *detection*, limitandosi (anche senza l'ausilio della pronuncia richiamata) a digitare su un motore di ricerca qualche lemma identificativo del caso («cremazione», «estumulazione», «artista celebre») e soffermandosi sui risultati relativi a notizie della stampa locale (di cui la competenza per territorio del Tar dà un'indicazione univoca). È un paradosso perché

la tecnica dell'oscuramento per ragioni di *privacy*, così applicata, mentre non impedisce l'accesso al fatto che 'appartiene solo alle parti' (il dato, appunto, personale), è spesso in grado di celare quella parte del fatto che 'appartiene a tutti' e che è la ragione che giustifica la qualità pubblica di ogni pronuncia giurisdizionale (per una chiara distinzione tra «aspetto individuale» e «aspetto collettivo» del «fatto» nel processo, v. F. Mazzarella, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Padova, 2003, 83 ss.). Sull'«improvvido “oscuramento”, operato arbitrariamente e privo di qualsivoglia fondamento normativo nella vigente disciplina della protezione dei dati personali» (dal quale troppo spesso le sentenze restano intaccate), v. in questa Rivista le osservazioni di F. Francario, *Una giusta revocazione “oscurata” dalla privacy. A proposito dei rapporti tra giudicato penale e amministrativo (nota a CGARS 1 10 2020 n. 866)*,

[2] Tar Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 30 luglio 2020, n. 8895.

[3] V. il par. II) della decisione.

[4] Così la motivazione, al punto III).

[5] In giurisprudenza, per la qualificazione della responsabilità *ex art. 2 bis*, c. 1 *bis*, l. proc. come responsabilità da attività lecita v. Tar Sicilia, Catania, sez. III, 16 aprile 2021, n. 1201.

[6] Così la sentenza annotata al par. III). Le fattispecie di indennizzo richiamate in motivazione sono quella di cui all'art. 2045 c.c., relativa al danno causato in stato di necessità, la revoca del provvedimento *ex art. 21 quinquies* l. proc., l'equo indennizzo per invalidità o decesso derivanti da causa di servizio, l'indennità da espropriazione per pubblica utilità e la promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.).

[7] *Ibidem*, par. III.3).

[8] Difficile ritenere compatibile un siffatto approccio con l'idea (pure, in astratto, spesso condivisa dal giudice amministrativo) che con la previsione del risarcimento del danno per il ritardo o il mancato esercizio del potere, «e poi di un indennizzo forfettario per il “mero ritardo”, il tempo procedimentale è stato qualificato alla stregua di un bene della vita, costituendo il ritardo un costo sia “economico”, poiché si traduce in un rischio amministrativo in caso di “investimenti”; sia in termini di violazione dell'affidamento degli interessati, che costituisce il versante soggettivo, psicologico, del valore oggettivo del principio di certezza del diritto (Cons. St. sez. V, n. 675/2015)»: per questa formulazione v. CGARS, sez. giur., 10 settembre 2018, n. 490.

[9] Decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. “decreto del fare”), convertito, con modificazioni, in legge 9 agosto 2013, n. 98.

[10] Ai sensi dell'art. 28, c. 12, d.l. n. 69 del 2013 cit., «Decorsi diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e sulla base del monitoraggio relativo alla sua applicazione, con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, sono stabiliti la conferma, la rimodulazione, anche con riguardo ai procedimenti amministrativi esclusi, o la cessazione delle disposizioni del presente articolo, nonché eventualmente il termine a decorrere dal quale le disposizioni ivi contenute sono applicate, anche gradualmente, ai procedimenti amministrativi diversi da quelli individuati al comma 10 del presente articolo».

[11] Così la motivazione al par. III.6).

[12] La sentenza, al par. III.4.), riconosce a chiare lettere che, fuori dall'ipotesi del danno ulteriore di cui sia offerta prova, il provvedimento «tardivo», sia «pienamente satisfattivo».

[13] *Ibid.*: «laddove si affermasse, come prospettano i ricorrenti, il diritto all'indennizzo anche all'esito del provvedimento (tardivo ma) pienamente satisfattivo (ovvero il diritto ad un indennizzo in assenza di un interesse leso ulteriore e distinto rispetto a quello strumentale alla tempestiva conclusione del procedimento), la fattispecie di cui all'art. 2 bis della l. 241/90 avrebbe natura sostanzialmente sanzionatoria, ma come tale sarebbe di dubbia compatibilità costituzionale perché la sanzione risulterebbe affidata al mero arbitrio del giudice (non essendo configurabile la sua commisurazione “secondo equità”, dato che la liquidazione *ex art. 1226* del cod.civ. ha ad oggetto solo l'entità del pregiudizio risarcibile in funzione risarcitoria o compensativa)».

[14] R. Scognamiglio, *Indennità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, 1962, *ad vocem*, 595 ss.

[15] Cfr. il par. III.7) della motivazione.

[16] *Ibid.*

[17] Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7. Sull'originale (e discutibile) tesi proposta dall'ordinanza di rimessione (CGARS, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136), disattesa dall'Adunanza plenaria, v. in questa Rivista M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria*.

[18] Così la motivazione, al par. III.7, dal quale è tratta anche la precedente citazione nel testo.

[19] *Ibid.*, par. III.6).

[20] *Ibid.*, par. VI).

[21] *Ibid.*, par. IV).

[22] *Ibid.* par. V).

[23] V. ad es. Consiglio di Stato, sez. II, 24 luglio 2019, n. 5219: « La sola riscontrata ingiustificata o illegittima inerzia dell'amministrazione o il ritardato esercizio della funzione amministrativa non integra la colpa dell'Amministrazione, dovendo anche accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e si sia verificata in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione, ovvero se per converso la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto. In sostanza, quella configurata dall'art. 2-bis, comma 1, l. n. 241/1990 viene ricondotta ad una responsabilità per un comportamento scorretto dell'Amministrazione e contrastante con i canoni del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa». Per l'esclusione del danno risarcibile a fronte della complessità oggettiva del procedimento cfr., fra tante, Consiglio di Stato, sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4712.

[24] Così Tar Lazio, Roma, n. 8895/2020 cit.

[25] Cfr. la sentenza in commento al par. V).

[26] *Ibid.*

[27] *Ibid.*, par. III.6).

[28] *Ibid.*, par. IV). Il concorso colposo del creditore nella causazione del danno sembrerebbe dunque assumere a mente del Tar, anche nell'ambito della tutela indennitaria, l'ampio ruolo a esso consuetamente riconosciuto in giurisprudenza con riferimento alla tutela risarcitoria: in questo senso cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 dicembre 2016, n. 5339 (par. 4.1., lett. b), con particolare riferimento alla mancata cooperazione dell'istante in sede istruttoria. Lascia intendere la necessità dell'attivazione dei poteri sostitutivi ex art. 2, c. 9 *ter* l. proc. anche ai fini del risarcimento del danno da ritardo Consiglio di Stato, sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210 (par. 3.3.1).

[29] Questo l'indirizzo costante, intrapreso a partire da Cassazione civile, sez. un., 26 gennaio 2004, n. 1338, n. 1339 e n. 1340.

[30] Cfr. ad esempio Cassazione civile, sez. lav., 4 maggio 2015, n. 8882.

[31] Al di là della dottrina che ne ha assimilato la natura a quella di una sanzione amministrativa *sui generis* (G. Tulumello, *Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1999, 386 ss.), è generalmente accolta l'opinione che gli indennizzi automatici forfettari (alla stregua degli obblighi dalla cui violazione sorge il diritto alla loro corresponsione) si pongano su un piano del rapporto di utenza distinto e parallelo al principale sinallagma contrattuale. Sugli indennizzi automatici forfettari (e, più in generale, sulle carte dei servizi, competenti alla loro definizione, v. G. Napolitano, *Gli indennizzi automatici agli utenti di servizi pubblici*, in *Danno e resp.*, 1996, 15 ss.; G. Sbisà, *Natura e funzione delle «carte dei servizi»*. *La carta del servizio elettrico*, in *Rass. giur. en. el.*, 2/1997, 346 ss.; P. Schlesinger, *La pluralità delle fonti nella somministrazione di energia elettrica*, *ibid.*, 307 ss.; M. Ramajoli, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 3-4/2000, 383 ss.. Per una illustrazione dei profili di inefficienza di tali strumenti v. più di recente M. Calabrò, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, *Ibid.*, 1-2/2014, 373 ss.

[32] La previsione di «forme di indennizzo automatico e forfettario» a fronte «di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione» era stata prefigurata dall'art. 17, c. 1, lett. f) della legge Bassanini (l. 15 marzo 1997, n. 59), mediante una delega, però, mai attuata dal Governo. La circostanza è ricordata da Consiglio di Stato, sez. IV, 5 aprile 2018, n. 2108, per dare supporto, con un argomento *a contrario*, alla tesi secondo cui l'accesso alla tutela risarcitoria presuppone un giudizio prognostico sulla fausta conclusione del procedimento (posizione assunta dal Consiglio di Stato – Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7 – già anteriormente all'introduzione dell'art. 2 *bis* l. proc. ad opera dell'articolo 7, c. 1, lettera c), l. 18 giugno 2009, n. 69; da ultimo cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1448, ove però, ribadita la necessità di un giudizio sulla fondatezza dell'istanza con riguardo al risarcimento del danno da ritardo, la si esclude con riferimento all'indennizzo). Sulla rilevanza della fondatezza dell'istanza anche si fini della liquidazione dell'indennizzo *ex art. 2 bis* l. proc. v. Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 22 marzo 2021, n. 277.

[33] Così la motivazione, al par. III.5). Nel senso della non necessità di una disciplina attuativa anche le pronunce ivi richiamate (Tar Lazio, Roma, 3 ottobre 2019, n. 11517 e Tar Campania, Napoli, sez. V, 12 aprile 2021, n. 2346) che tuttavia non ritengono i commi 1 e 9 dell'art. 28 d.l. n. 69/2013 come fonti di due autonomi diritti all'indennizzo. In entrambe le pronunce il diritto all'indennizzo è escluso non risultando prova del previo esperimento della procedura sostitutiva ai sensi del comma 2 dell'art. 28 cit., a cui anche la tutela *ex art. 2 bis*, c. 1 *bis*, l. proc. è ritenuta subordinata.

[34] In questo senso Consiglio di Stato, sez. IV, 21 settembre 2020, n. 5541. V. anche Tar Puglia, Bari, sez. II, 24 marzo 2021, n. 499.

[35] Così la sentenza in commento, par. III.5).

[36] *Ibid.*, *loc. cit.*

[37] Questa, del resto, è l'interpretazione offerta dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 gennaio 2014, n. 73817 – Linee guida per l'applicazione «dell'indennizzo da ritardo nella conclusione dei procedimenti ad istanza di parte» (in Gazz. Uff. 12 marzo 2014, n. 59).

[38] Non è dunque, forse, un mero *lapsus calami* quello contenuto nella motivazione di CGARS 24 marzo 2021, n. 243, che in un *obiter dictum* afferma che il legislatore avrebbe proceduto alla «abrogazione» dell'art. 2 *bis*, c. 1 *bis* l. proc., avendone ritenuto «impraticabile» l'applicazione.

[39] Così la sentenza al già citato par. III.6).

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1583 – 10 marzo 2021

Sulla rilevanza dei piani regolatori dei porti (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2020 n. 8356)

di Marco Ragusa

1. La fattispecie

La pronuncia qui annotata ha annullato il provvedimento del Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata con il quale era stata respinta una domanda di accertamento di conformità urbanistica presentata nel novembre del 2015, ai sensi dell'art. 2 del d.p.R. 18 aprile 1994, n. 383, dall'Autorità portuale di Brindisi, avente a oggetto alcuni interventi di infrastrutturazione (già realizzati), strumentali a esigenze di security e ricadenti nell'area in cui è situata la stazione marittima del porto pugliese.

In estrema sintesi, la controversia oggetto del giudizio può essere così descritta.

Al tempo di presentazione dell'istanza, l'Autorità portuale di Brindisi – alla stregua delle altre Autorità portuali istituite dall'art. 6, c. 1, della legge 28 gennaio 1994, n. 84 («legge Porti») – era l'ente titolare, fra l'altro, delle funzioni relative all'infrastrutturazione del porto: funzioni che essa svolgeva in lineare continuità con quelle (di progettazione, programmazione ed esecuzione di opere e impianti) già proprie del Consorzio del porto di Brindisi, di cui la legge Porti aveva disposto la soppressione (artt. 2, c. 1, lett. *i*, e 20) [\[1\]](#).

Ai sensi dell'art. 5, c. 1, l. n. 84 del 1994 (nel testo vigente all'avvio del procedimento di accertamento di conformità), nei porti di categoria II [\[2\]](#), «l'ambito e l'assetto complessivo del porto, ivi comprese le aree destinate alla produzione industriale, all'attività cantieristica e alle infrastrutture stradali e ferroviarie, sono rispettivamente delimitati e disegnati dal piano

regolatore portuale [«PRP»] che individua altresì le caratteristiche e la destinazione funzionale delle aree interessate».

L'Autorità portuale di Brindisi, soppressa nel 2016[3], non si è mai dotata, nel corso della propria (non brevissima) esistenza, di tale strumento pianificatorio: a fare da cornice dell'ambito dello scalo è rimasto così un piano regolatore portuale adottato dal Consorzio del porto nel 1975.

Gli interventi realizzati dall'Autorità portuale sull'area della stazione marittima non erano contemplati da tale piano e, anche sulla scorta di questo rilievo, il Provveditorato ne aveva accertato la non conformità urbanistica. Tale difformità aveva peraltro condotto all'indizione di una conferenza di servizi, ai sensi dell'art. 3 del citato d.p.R. n. 383/1994, la quale non era però riuscita a rimediare al rilevato contrasto tra le opere realizzate dall'Autorità portuale e il quadro pianificatorio di riferimento. Da qui il rigetto dell'istanza, oggetto dell'impugnativa dell'Autorità del Sistema portuale («AdSP») del Mare Adriatico meridionale (succeduta alla originaria istante a far data dal 2016).

Punto centrale della decisione in commento, sul quale si concentrano le brevi osservazioni che seguono, è la (parziale) adesione del Consiglio di Stato alla tesi sostenuta già in primo grado dall'AdSP e integralmente disattesa, invece, dal TAR[4]: tesi secondo cui la conformità urbanistica degli interventi *de quibus* non avrebbe potuto essere valutata (come aveva fatto l'organo ministeriale) sul metro di un piano regolatore portuale adottato in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1994, n. 84 e all'introduzione del modello di pianificazione portuale disegnato dal suo art. 5.

La pronuncia suscita, sotto tale profilo, almeno un dubbio relativo alla correttezza della soluzione offerta alla specifica *res litigiosa* e alcune riflessioni concernenti la prospettiva implicitamente adottata nell'inquadramento del più ampio (e da tempo dibattuto) tema del rapporto tra pianificazione portuale e pianificazione urbanistica.

2. Il fondamento della decisione: quale l'errore del TAR Lecce, secondo il Consiglio di Stato?

Per questa breve analisi, occorre prendere le mosse dai profili di sintonia riscontrabili tra il *decisum* di primo grado e quello di appello: entrambe le sentenze, infatti, rifiutano la tesi più radicale sostenuta dall'Autorità ricorrente, secondo la quale in nessun caso la pianificazione portuale potrebbe affiancarsi alla (o tenere luogo della) pianificazione comunale, fungendo da paradigma nella valutazione di conformità urbanistica per gli interventi di modificazione del territorio del porto «da eseguirsi da amministrazioni statali o comunque insistenti su aree del demanio statale» e per le «opere pubbliche di interesse statale, da realizzarsi dagli enti istituzionalmente competenti» (art. 2 d.p.R. n. 383 del 1994).

Per il Tar Puglia, come per il Consiglio di Stato, è infatti indubbio che la funzione pianificatoria affidata, con l'entrata in vigore della l. n. 84 del 1994, al PRP disciplinato dall'art. 5 sia una funzione urbanistica in senso stretto: per tale ragione la legge prevede che il piano non possa contrastare con gli «strumenti urbanistici vigenti»[5] e, per la sua adozione, impone il raggiungimento di una previa intesa tra l'Autorità portuale e i comuni nel cui territorio ricade lo scalo marittimo[6].

Se, dunque, la non conformità urbanistica fosse stata accertata con riferimento a un piano regolatore portuale adottato successivamente all'entrata in vigore della legge n. 84 del 1994, anche il Consiglio di Stato avrebbe ritenuto legittimo l'operato del Provveditorato, confermando la decisione di primo grado. Il punto di divergenza tra l'approccio del Tar e quello dei Giudici di appello è, insomma, integralmente relativo alla circostanza che la pianificazione del porto di Brindisi non fosse regolata da un PRP 'di nuova generazione', ma da un piano portuale adottato prima dell'entrata in vigore della legge Porti.

Secondo la sentenza di primo grado, tale circostanza non muta i termini della questione.

Ai sensi dell'art. 27, c. 3, della legge n. 84/1994, infatti, i piani regolatori portuali eventualmente adottati in epoca anteriore mantengono efficacia fino al proprio aggiornamento, da effettuarsi ai sensi dell'art. 5: di modo che le prescrizioni dei 'vecchi' piani costituiscono a pieno titolo uno dei parametri impiegabili nel giudizio di conformità di cui all'art. 2 d.p.R. n. 383 del 1994, essendo a esse riferibile, in virtù del citato art. 27 l. n. 84/1994, la stessa valenza urbanistica propria di quelle contenute in un 'nuovo' PRP.

Il Consiglio di Stato afferma, al contrario, che «i Piani Regolatori Portuali approvati antecedentemente alla legge n. 84 del 1994, non hanno effetti di conformazione del territorio» e, pertanto, anche «il Piano regolatore portuale di Brindisi, risalente al 1975, non poteva essere considerato come parametro giuridico ai fini della valutazione di conformità urbanistica degli interventi in contestazione»^[7].

La previsione dell'art. 27, c. 3, cit. non consentirebbe, in altri termini, di riferire ai 'vecchi' piani una funzione urbanistica a essi originariamente estranea: i piani delle dismesse organizzazioni portuali, a differenza del nuovo PRP, «costituivano soltanto strumenti di programmazione delle infrastrutture strumentali allo svolgimento delle attività del porto, erano cioè piani di "opere"»^[8]: la realizzazione di interventi non contemplati da tali piani o in contrasto con essi non porrebbe, insomma, una questione di «conformità urbanistica».

La motivazione della decisione, mediante una sintetica ricostruzione storica della legislazione italiana relativa ai rapporti tra pianificazione urbanistica e pianificazione portuale, illustra le ragioni di questa conclusione, evidenziando come l'art. 5 della legge Porti abbia introdotto per la prima volta uno strumento di raccordo tra la potestà pianificatoria degli enti locali (già a far data dal 1967 estesa all'intero territorio comunale, ivi incluso il demanio marittimo^[9]) e le funzioni degli enti portuali relative all'infrastrutturazione dello scalo.

Il citato art. 5, infatti, da un lato ha imposto univocamente agli interventi di trasformazione del territorio portuale il rispetto di un quadro pianificatorio urbanistico, introducendo, in tal modo, un vincolo non espressamente contemplato dalla legislazione previgente; d'altro canto, la definizione di questo quadro non è stata *tout court* rimessa alla generale potestà comunale di governo del territorio, ma a uno strumento specificamente riferito (e limitato) all'ambito portuale, la cui emanazione è di competenza dell'ente che gestisce lo scalo.

È da tale premessa, appunto, che la sentenza in commento trae le proprie conclusioni: fino a che uno scalo di categoria II non venga assoggettato a un PRP approvato *ex art.* 5 l. n. 84 del 1994, eventuali prescrizioni dettate da un piano portuale ancora efficace in virtù dell'art. 27 cit. non possono assumere rilievo urbanistico ed essere impiegate al fine dell'accertamento di conformità di cui all'art. 2 d.p.R. n. 383 del 1994.

3. I punti critici delle premesse e delle conclusioni della decisione

Tra i dubbi suscitati dalla pronuncia in commento, il primo concerne la ricostruzione storica effettuata dal Consiglio di Stato.

Se è vero, infatti, come sottolineato in motivazione, che la legislazione anteriore al 1994 non aveva disciplinato in modo compiuto l'istituto della pianificazione portuale e che le uniche previsioni normative relative ai piani portuali (al plurale) erano essenzialmente finalizzate alla realizzazione delle opere in essi inserite, è anche vero che in molti casi, sotto il profilo strutturale, l'oggetto di tali piani non differiva molto dal modello disegnato dall'art. 5 della legge Porti; così come è vero che la loro adozione (talora avvenuta con legge, talaltra mediante decreti ministeriali, sulla base dei provvedimenti istitutivi degli enti portuali) aveva visto spesso il previo coinvolgimento dei comuni interessati e, a volte, perfino l'assunzione, da parte degli stessi enti locali, della veste di promotori dell'iniziativa pianificatoria^[10].

L'impossibilità di riferire ai vecchi piani portuali la valenza urbanistica propria del nuovo PRP, pertanto, non sembra possa essere ancorata all'intrinseca inadeguatezza di tali strumenti a svolgere una siffatta funzione, ma esclusivamente alla interpretazione della portata precettiva dell'art. 27, c. 3, della legge Porti, che di quei piani dispone l'ultravigenza.

Così stando le cose, per verificare se la posizione espressa dal Consiglio di Stato sia condivisibile (o almeno più condivisibile di quella accolta dal Giudice di primo grado) sembra necessario interrogarsi su quale sia la *ratio* del citato art. 27 c. 3 e dunque, più a monte, su quale sia la *ratio* dell'art. 5 della legge, rispetto alla cui applicazione la norma assume la natura e la funzione di disposizione transitoria.

Introducendo una forma di pianificazione speciale per tutti i porti di categoria II, l'art. 5 ha mirato a raggiungere due principali obiettivi.

Il primo è la razionalizzazione dell'attività di infrastrutturazione di ciascuno scalo marittimo, che il legislatore ha inteso sottrarre a iniziative episodiche e non supportate da una chiara e armonica prospettiva di sviluppo del porto: è sul piano portuale, non solo sul progetto di singole opere, che il Consiglio superiore dei lavori pubblici è chiamato a esprimere il proprio parere ai sensi dell'art. 5, c. 3 (ora c. 2 *quater*, lett. *b*) l. n. 84/1994. Ed è del piano, non solo (e, anzi, non tanto) del singolo intervento infrastrutturale che può ben valutarsi la coerenza con gli obiettivi della pianificazione generale dei trasporti: aspetto imprescindibile per ogni lettura che intendesse prendere (anche soltanto un po') sul serio il vincolo teleologico posto all'interprete dall'art. 1 della legge Porti^[11].

Il secondo obiettivo è, di primo acchito, più direttamente attinente all'oggetto della controversia risolta dalla pronuncia qui annotata. Si tratta, appunto, di creare le condizioni di co-esistenza tra la pianificazione del territorio portuale e quella dell'ambiente urbano che gravita intorno a esso: un obiettivo che può essere perseguito, in astratto, tracciando una netta linea di confine tra la potestà pianificatoria comunale e quella dell'ente portuale, oppure stabilendo una gerarchia tra strumenti pianificatori, o ancora istituendo forme di raccordo tra le potestà pianificatorie facenti capo agli enti coinvolti, affidando la pianificazione portuale alla co-decisione dell'ente locale e dell'Autorità portuale. Quest'ultima è, appunto,

la scelta ambiziosa adottata dalla legge n. 84 del 1994: l'art. 5, da un lato, nega al PRP l'idoneità derogatoria tendenzialmente propria di ogni strumento pianificatorio di settore rispetto agli strumenti urbanistici, dall'altro impone che per l'adozione del piano debba essere raggiunta un'intesa tra l'Autorità portuale e i comuni interessati^[12].

In entrambe le prospettive teleologiche, il piano portuale rappresenta uno strumento di sintesi tra interessi differenti e potenzialmente confliggenti. Il primo obiettivo, infatti, inerisce alla dialettica tra l'interesse all'incremento dei traffici di un singolo scalo, perseguito da ciascuna Autorità portuale, e l'interesse generale a un'armonica ed efficiente pianificazione dell'intero sistema portuale – e, più in generale, trasportistico – nazionale. Il secondo obiettivo si inquadra, invece, nel conflitto tra gli interessi della città e gli interessi dello scalo marittimo: un conflitto che lo sviluppo di un porto moderno, tendenzialmente, determina in misura molto maggiore rispetto al recente passato^[13].

Così ricostruita la *ratio* dell'art. 5 della legge Porti, è facile comprendere quale sia quella dell'art. 27, c. 3.

La norma, nel disporre l'ultravigenza dei piani portuali anteriormente adottati, ha fatto sì salva la possibilità di realizzare le opere in essi contemplate, ove ancora non eseguite, ma ha anche inteso limitare a tali opere le trasformazioni apportabili al territorio portuale nelle more dell'aggiornamento dei vecchi piani (o dell'adozione *ex novo* di un PRP). E ciò, a dire il vero, indicherebbe come non percorribile la stessa via intrapresa, nella fattispecie oggetto di giudizio, dal Provveditorato per le Opere pubbliche, una volta accertata la non conformità urbanistica delle opere realizzate dall'Autorità portuale di Brindisi *ex art.* 2 d.p.R. n. 383/1994. In difetto dell'adozione di un nuovo PRP, infatti, non pare che una conferenza di servizi indetta ai sensi del successivo art. 3 potesse rimediare a tale difformità (a meno che, al suo interno, non si fosse provveduto all'aggiornamento del piano portuale del 1975, *ex art.* 27, c. 3, l. n. 84/1994, nel rispetto delle modalità procedurali dettate dall'art. 5 e senza possibilità di superare l'eventuale dissenso dell'amministrazione comunale ai sensi dell'art. 3, c. 4, del d.p.R. n. 383/1994^[14]).

L'impossibilità di tenere in considerazione un vecchio piano portuale nella valutazione di conformità urbanistica *ex art.* 2 d.p.R. n. 383/1994 appare così una tesi decisamente distonica rispetto al quadro normativo vigente: per non essere soggetta ai vincoli nascenti dal nuovo modello di pianificazione portuale, infatti, sarebbe sufficiente all'Autorità portuale non dotarsi affatto di un nuovo PRP. A meno che, accogliendo questa tesi, il Consiglio di Stato non abbia inteso ritenere legittima la realizzazione delle sole opere che, sebbene non contemplate da un piano portuale di nuova generazione, siano comunque previste dagli strumenti di pianificazione urbanistica comunale.

Sotto questo aspetto, la motivazione della sentenza è tutt'altro che chiara. Non si comprende bene, infatti, quale dei motivi oggetto del ricorso di primo grado (e riproposti in appello) il Consiglio di Stato abbia inteso accogliere: a rendere illegittimi i provvedimenti impugnati è un mero vizio di motivazione (il riferimento operato dall'amministrazione al vecchio piano portuale) ovvero è il contenuto dispositivo degli stessi? Accogliere l'una o l'altra interpretazione determina, all'evidenza, il riconoscimento alla decisione di un ben diverso effetto conformativo sul procedimento *ex art.* 2 d.p.R. n. 383 del 1994 che il Provveditorato dovrà rinnovare.

Dalla lettura della sentenza di primo grado, si evince che la conformità delle opere alla pianificazione comunale generale e agli strumenti attuativi non fosse affatto pacifica tra le parti in causa: il Tar, tuttavia, aveva omesso di approfondire tale questione, poiché, una volta accertata la non conformità già alla luce del vecchio piano regolatore portuale, aveva ritenuto di potere respingere, sulla base di tale principale rilievo, il ricorso dell'AdSP.

E anche la sentenza di appello, che al contrario di quella riformata nega al vecchio piano portuale ogni valenza urbanistica, non si sofferma affatto sulla questione della difformità delle opere realizzate dall'Autorità portuale rispetto al quadro pianificatorio descritto dalla pianificazione del Comune di Brindisi (anch'essa rilevata nel corso del procedimento di accertamento condotto dal Provveditorato): se, come afferma la pronuncia del Tar, gli interventi dell'Autorità portuale consistono, oltre che nella recinzione della stazione marittima, anche in edifici ai varchi, in impiantistica di supporto al sistema di security, in una strada a quattro corsie, in un ponte e una tettoia in cemento armato, non dovrà il Provveditorato accertarne, comunque, la non conformità, sulla base del vigente piano regolatore generale e degli strumenti di attuazione, che di tali opere non fanno menzione?

La risposta affermativa – che sembrerebbe imposta anche dalla ricostruzione delle *rationes* degli artt. 5 e 27 della legge Porti a cui poc'anzi si è accennato – potrebbe essere messa in discussione valorizzando il passo della sentenza in commento nel quale, al fine di escludere la rilevanza giuridica del piano portuale del 1975, il Consiglio di Stato si preoccupa di precisare che non risulta che le prescrizioni di tale strumento siano state “recepite” dal piano regolatore generale^[15]. La pronuncia, insomma, potrebbe essere letta nel senso di ritenere sufficiente, al fine di accertare la *conformità* urbanistica degli interventi, il fatto che questi ultimi *non contrastino* con la pianificazione comunale (che non siano, cioè, incompatibili con specifiche previsioni del PRG o degli strumenti attuativi).

Così interpretata, tuttavia, la decisione del Consiglio di Stato sarebbe senz'altro non condivisibile: essa determinerebbe la arbitraria sostituzione del paradigma di cui all'art. 2 d.p.R. n. 383/1994 (la *conformità* urbanistica) con il più labile limite che l'art. 5 della legge Porti fissa non per la realizzazione di singoli interventi infrastrutturali, ma per il Piano regolatore portuale in cui gli stessi dovrebbero essere contemplati (il *non contrasto*). Si determinerebbe, in tal modo, una tanto netta quanto abnorme pretermissione dell'interesse urbanistico alle esigenze di infrastrutturazione dello scalo marittimo.

4. Il valore della decisione alla luce della disciplina vigente in materia di rapporti tra pianificazione portuale e pianificazione urbanistica

La questione affrontata da Cons. Stato n. 8356/2020 ha una rilevanza ben più ampia del contesto locale brindisino, teatro della controversia. La conclusione per essa raggiunta dal Consiglio di Stato – che per l'ampiezza del principio di diritto espresso sembra estensibile a ipotesi in cui le opere da localizzare ‘fuori piano’ siano più imponenti rispetto agli adeguamenti della security di una stazione marittima – potrebbe costituire, peraltro, un precedente impieghabile nella soluzione di controversie soggette al nuovo testo dell'art. 5 della legge Porti.

Sotto il primo aspetto, è noto che la difficoltà di dare alla luce un PRP ha contraddistinto, a far data dal 1994, l'esperienza della gran parte delle Autorità portuali istituite dall'art. 6 della legge Porti. Lo scoglio principale su cui si sono infranti i tentativi di adottare un nuovo piano portuale (o di aggiornare un piano preesistente) è rappresentato proprio da quell'intesa con i comuni interessati che il previgente comma 3 dell'art. 5 rendeva indefettibile e che, nella pratica, si è spesso rivelata pressoché impossibile da raggiungere. Altrettanto noto è che la legge Porti, nell'impianto anteriore al 2016, non contemplava meccanismi di superamento del dissenso dell'ente locale: l'intesa prevista dall'art. 5, c. 3, rappresentava, infatti, un modulo consensuale «endoprovedimentale»^[16], sostanzialmente assimilabile a un accordo contrattuale e pertanto contraddistinto dall'incoercibilità del consenso delle parti trattanti.

Se l'inedito indirizzo espresso dalla sentenza in commento avesse preso piede già qualche anno fa, probabilmente, le amministrazioni portuali italiane avrebbero avuto una ben maggiore forza negoziale; e maggiori possibilità di raggiungere un esito concreto avrebbero così avuto i procedimenti di adozione dei PRP (al costo, naturalmente, di una forzatura della lettera di legge e dell'equilibrio tra gli interessi della città e gli interessi del porto a essa sotteso).

A far data dal 2016, il legislatore ha posto mano al procedimento *de quo*, anche al fine della sua semplificazione.

Il d.lgs. n. 169 del 2016 – il quale, come anticipato, ha sostituito le Autorità portuali istituite nel 1994 con le Autorità di sistema portuale, ciascuna delle quali provvede oggi alla gestione di una pluralità di scali marittimi – ha modificato anche l'art. 5 della legge Porti, al fine di adeguare la pianificazione portuale alla rilevante modifica organizzativa introdotta. La norma è stata peraltro oggetto, da quella data, di ulteriori integrazioni e riformulazioni.

Il vigente art. 5, c. 1, della legge n. 84 del 1994 prevede l'adozione di un Piano regolatore di sistema portuale (PRSP), «strumento di pianificazione del sistema dei porti ricompresi nelle circoscrizioni territoriali delle Autorità di sistema portuale», il quale si compone di un Documento di pianificazione strategica di sistema (DPSS) e di tanti piani regolatori portuali (PRP) quanti sono i porti rientranti nella circoscrizione dell'AdSP.

Quel che può essere qui rilevante evidenziare è che, tra le funzioni rimesse alla nuova pianificazione di sistema, rientra la delimitazione tra le aree destinate a funzioni strettamente portuali e retro-portuali, i collegamenti infrastrutturali di ultimo miglio con i singoli porti del sistema, gli attraversamenti del centro urbano e infine le «aree di interazione porto-città»^[17](art. 5, c. 1 *bis*, lett. *b*).

La pianificazione (ma non la delimitazione) di queste ultime aree è affidata, in sede di adozione del PRSP, ai comuni interessati, previo parere della competente AdSP; «con riferimento esclusivo» alla pianificazione delle stesse aree «di interazione» è ora richiesto alle Autorità di sistema, in sede di adozione di ciascun PRP, di raggiungere un'intesa con i comuni interessati (art. 5, c. 1 *ter*); in caso di dissenso, trova applicazione il procedimento di opposizione di cui all'art. 14 *quinquies* l. n. 241 del 1990.

I fautori dell'esigenza di liberare la forza di sviluppo dei porti italiani dall'ostacolo rappresentato dalle resistenze localistiche possono quindi confidare che, per il futuro, l'evenienza di uno stallo decisionale in sede pianificatoria sarà più remota, risultando

compresi, rispetto al passato, non solo l'oggetto (le aree di interazione città-porto), ma la stessa intensità del ruolo partecipativo del comune: da «endoprovvvedimentale», l'intesa è infatti divenuta «endoprocedimentale».

Tuttavia, il ridimensionamento di quello che abbiamo definito il secondo obiettivo perseguito dal testo originario dell'art. 5 cit. (la ricerca di integrazione tra pianificazione urbanistica e portuale), si accompagna, nella norma novellata, a una ben più marcata esigenza di perseguimento del primo obiettivo, vale a dire l'armonico inserimento dell'infrastrutturazione programmata a livello di ciascun porto (e di ciascun sistema portuale) all'interno della pianificazione nazionale dei trasporti.

Il nuovo Piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL), fulcro della disciplina dettata dal nuovo Codice dei contratti pubblici in materia di infrastrutture e insediamenti prioritari^[18], è infatti assunto dall'art. 5 della l. n. 84 del 1994 come strumento di indirizzo e limite del PRSP (art. 5, c. 1 *bis*) e, conseguentemente, di ogni PRP.

Tuttavia, il nuovo PGTL (a distanza di più di quattro anni dalla sua istituzione) non è ancora stato approvato e questa circostanza infonde nell'osservatore il fondato timore che l'adozione degli atti di pianificazione portuali di 'ultimissima generazione' possa subire ulteriori ritardi: se il timore si rivelasse fondato, l'indirizzo coniato dalla sentenza in commento potrebbe acquisire una rilevanza pratica di indubbio peso anche nel contesto del rinnovato quadro normativo.

[1] Il Consorzio del porto e dell'area di sviluppo industriale di Brindisi, costituito con d.p.R. 20 dicembre 1949, n. 1607, e regolato da uno statuto approvato con d.p.R. 28 giugno 1960, n. 805, rientrava, in particolare, tra le organizzazioni portuali nate o sviluppatesi su impulso della legislazione speciale per il Mezzogiorno: a questi enti era affidata la gestione di porti posti a servizio di aree e nuclei di sviluppo industriale, a cui era destinata una consistente parte dei finanziamenti erogati nell'ambito dell'intervento straordinario della Cassa (art. 9 della legge 29 settembre 1962, n. 1462): cfr. M. Casanova, *Gli enti portuali*, Milano, 1971, 115 s.; G. Sirianni, *L'ordinamento portuale*, Milano, 1981, 123 ss.; da ultimo M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli, 2017, 62 s.

[2] Ai sensi dell'art. 4, c. 1, l. n. 84 del 1994, appartengono alla categoria II tutti i porti e le aree portuali diversi da quelli finalizzati alla difesa militare e alla sicurezza dello Stato, qualunque ne sia la rilevanza economica (classi I, II e III) e la concreta vocazione funzionale (art. 4, c. 3).

[3] Il Decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169 (Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84), attuativo della delega di cui articolo 8, comma 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124, ha infatti sostituito le Autorità portuali istituite dall'originario art. 6 della legge n. 84 del 1994 con le Autorità di sistema portuale, enti di gestione portuale la cui circoscrizione comprende, oltre al porto-sede dell'Autorità, altri scali marittimi che, insieme, costituiscono appunto il «sistema portuale». Ai sensi dell'art. 6 e del nuovo allegato A della l. n. 84 del 1994, in particolare, il porto di Brindisi è stato inserito, insieme a quelli di Manfredonia, Barletta e Monopoli, nel sistema portuale del Mare Adriatico meridionale, il cui porto centrale è quello di Bari, sede dell'Autorità del sistema.

[4] Tar Puglia, Lecce, I, 15 luglio 2019, n. 1225

[5] Così il comma 2 dell'art. 5, legge Porti nel testo applicabile *ratione temporis*; lo stesso divieto di contrasto è oggi disposto dall'art. 5, c. 2 *sexies*.

[6] La funzione dell'intesa originariamente imposta dall'art. 5, c. 3, l. n. 84 del 1994 è radicalmente mutata a seguito delle modifiche apportate alla legge a far data dal 2016: v. *infra*, § 4.

[7] Così la sentenza, al par. 1.2.

[8] *Ibid.*

[9] La legge 6 agosto 1967, n. 765 («legge ponte») ha modificato la legge urbanistica (17 agosto 1942, n. 1150), inserendo all'art. 31, c. II, la previsione secondo cui, per le «opere da eseguire su terreni demaniali, compreso il demanio marittimo, ad eccezione delle opere destinate alla difesa nazionale, compete all'Amministrazione dei lavori pubblici, d'intesa con le Amministrazioni interessate e sentito il comune, accertare che le opere stesse non siano in contrasto con le prescrizioni del piano regolatore generale o del regolamento edilizio vigente nel territorio comunale in cui esse ricadono». Sull'evoluzione dei rapporti tra pianificazione urbanistica e demanio marittimo cfr. A. D'Amico Cervetti, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, Milano, 1983; M. Casanova, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986; Id., *Il demanio marittimo*, in A. Antonini (a cura di), *Trattato breve di diritto marittimo*, I, Milano, 2007, 209 ss.; M.L. Corbino, *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano, 1990; per ulteriori indicazioni bibliografiche v. M. Ragusa, op. cit., 120 ss. e 386 ss. e Id., *La costa, la città e il porto. Il coordinamento tra pianificazione urbanistica e portuale nei porti di interesse nazionale e internazionale*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, Napoli, 2013 393 ss.. Da ultimo F. Francario,

Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità, in www.sipotra.it

[10] G. Pericu, *Porto (Navigazione marittima)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1985, 430 ss.; sulle singole esperienze dei principali porti italiani, comunque fra loro molto differenti, v. i contributi citati alle precedenti note 1 e 9.

[11] Ai sensi del suo art. 1, la l. n. 84 del 1994 «disciplina l'ordinamento e le attività portuali per adeguarli agli obiettivi del piano generale dei trasporti, dettando contestualmente principi direttivi in ordine all'aggiornamento e alla definizione degli strumenti attuativi del piano stesso». In argomento v. M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici*, cit., segn. 135 ss. e 172 ss.

[12] Cfr. G. Acquarone, *Il piano regolatore delle autorità portuali*, Milano, 2009, 285 ss.; M. Ragusa, *La costa, la città e il porto*, cit.

[13] H. Ghiara (ed.), *The New Economic Port Landscape. Economic Performance and Social Progress*, Milano, 2012; M. Ragusa, op. ult. cit., 403 ss.

[14] Ai sensi dell'art. 3, c. 4, d.p.R. n. 383/1994 applicabile *ratione temporis* «L'approvazione dei progetti, nei casi in cui la decisione sia adottata dalla conferenza di servizi, sostituisce ad ogni effetto gli atti di intesa, i pareri, le concessioni, anche edilizie, le autorizzazioni, le approvazioni, i nullaosta, previsti da leggi statali e regionali. Se una o più amministrazioni hanno espresso il proprio dissenso nell'ambito della conferenza di servizi, l'amministrazione statale procedente, d'intesa con la regione interessata, valutate le specifiche risultanze della conferenza di servizi e tenuto conto delle posizioni prevalenti espresse in detta sede, assume comunque la determinazione di conclusione del procedimento di localizzazione dell'opera. Nel caso in cui la determinazione di conclusione del procedimento di localizzazione dell'opera non si realizzi a causa del dissenso espresso da un'amministrazione dello Stato preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità ovvero dalla regione interessata, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 81, quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616».

[15] Così la sentenza in chiusura del par. 1.3.

[16] La distinzione tra il paradigma dell'intesa «endoprocedimentale» (che rileva come mera «variante organizzativa», poiché il consenso dell'amministrazione assolve essenzialmente al ruolo, appunto, di un apporto procedimentale) e quello dell'intesa «endoprocedimentale» (che non è raggiunta all'esito di un vero procedimento amministrativo, ma di una fase preparatoria in cui gli interessi si confrontano «mediante l'esercizio di un'autonomia che sembra essere, in larga misura, di tipo negoziale») è quella proposta da R. Ferrara, *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, 1993, segn. 55 ss., 62 ss. e 145 ss.

[17] Nel senso di una limitazione al sotto-ambito di interazione città-porto le competenze della pianificazione urbanistica, cfr. già G. Acquarone, *Il piano regolatore* cit., 273 ss.; la distinzione tra l'ambito del porto operativo e quello di interazione città-porto è stata in passato accolta dal Consiglio superiore dei lavori pubblici: cfr. la Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 17778 del 15 ottobre 2004, «Linee guida per la redazione dei piani regolatori portuali».

[18] D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 200 ss.. In argomento M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici*, cit. 189 ss.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1963 – 30 settembre 2021

Note di udienza e tutela dell'integrità del contraddittorio nella disciplina emergenziale del processo amministrativo (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 2021, n. 5404)

di Michele Ricciardo Calderaro

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. La disciplina emergenziale del processo amministrativo: l'alternativa tra la discussione orale ed il deposito delle note d'udienza. – 3. La questione rilevata d'ufficio dal giudice amministrativo ed il problema delle c.d. pronunzie della terza via. – 4. Osservazioni critiche: l'effettività della tutela non può prescindere dall'integrità del contraddittorio.

1. Il caso di specie

La crisi sanitaria dovuta alla pandemia da Covid-19 ha comportato conseguenze rilevanti anche per il processo amministrativo, la cui disciplina ha necessariamente subito delle modifiche, in modo particolare per quanto concerne la possibilità di svolgere il processo da remoto.

Ovviamente, queste innovazioni debbono essere compatibili con l'esigenza fondamentale di ogni processo, ovvero quella di tutelare in modo effettivo e soddisfacente le posizioni giuridiche soggettive che si deducono in giudizio, sia che si tratti di diritti soggettivi ovvero di interessi legittimi.

Il caso oggetto di attenzione da parte della sentenza del Consiglio di Stato che si annota concerne proprio una particolare facoltà concessa dalla disciplina emergenziale del processo

amministrativo, con particolare riferimento alle conseguenze che si producono sulla tutela del contraddittorio.

I ricorrenti si oppongono alla realizzazione di un impianto per la produzione di ceramiche con recupero di scorie da termovalorizzazione e, a tal fine, hanno impugnato dinanzi al T.A.R. Lazio la determinazione di V.I.A. (valutazione di impatto ambientale) rilasciata dalla Regione Lazio, deducendo due articolati motivi di gravame per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

Nel giudizio di primo grado si sono costituiti la Regione Lazio e la società titolare dell'impianto.

Con note di udienza, le controparti hanno eccepito l'improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione della sopravvenuta determinazione regionale recante l'approvazione dell'A.I.A. (autorizzazione integrata ambientale).

Con sentenza n. 12805/2020, il T.A.R. Lazio ha dichiarato improcedibile il ricorso proprio per la mancata impugnazione della determinazione recante l'autorizzazione ambientale integrata.

La pronuncia del T.A.R. Lazio è stata impugnata dagli originari ricorrenti, che hanno affidato il gravame a due mezzi di impugnazione.

In particolare, con il primo, hanno dedotto la nullità della sentenza di primo grado in quanto il T.A.R. per il Lazio non avrebbe dovuto accogliere l'eccezione proposta per la prima volta da parte resistente e controinteressata nelle note di udienza.

Il T.A.R. Lazio, difatti, avrebbe dovuto rilevare che il deposito di note di udienza presuppone la fissazione di un'udienza da remoto con la presenza delle parti. Tale udienza si svolge solamente a seguito di richiesta delle parti, che nella specie non veniva presentata.

Ragion per cui, il TAR avrebbe dovuto considerare nulle le suddette note e rilevare d'ufficio, se del caso, la questione di rito assegnando termini alle parti per controdedurre sul punto ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a.

2. La disciplina emergenziale del processo amministrativo: l'alternativa tra la discussione orale ed il deposito delle note d'udienza

La questione processuale su cui si è soffermata la sentenza del Consiglio di Stato che si annota è peculiare perché sorge da una normativa emergenziale che il legislatore ha dettato per disciplinare l'andamento del processo amministrativo durante l'apice della crisi sanitaria determinata da Covid-19.

La norma di riferimento, difatti, è l'art. 4, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. in legge 25 giugno 2020, n. 70, rubricato "*Disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia amministrativa*", che ha integrato e modificato, in alcuni casi solo per un limitato arco temporale, il dettato del Codice del processo amministrativo.

In particolare, questa disposizione ha previsto che *“a decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici. L'istanza è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite. Negli altri casi, il presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto. Se il presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con decreto. In tutti i casi in cui sia disposta la discussione da remoto, la segreteria comunica, almeno tre giorni prima della trattazione, l'avviso dell'ora e delle modalità di collegamento. Si dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali. Il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge. In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza”*.

La vigenza di questa previsione è stata poi estesa per le udienze pubbliche e le camere di consiglio che si sono tenute dinnanzi ai diversi Tribunali Amministrativi Regionali, al Consiglio di Stato ed al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia sino al 31 luglio 2021 dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, che, dettando ulteriori disposizioni per il processo amministrativo, ha ritenuto di estendere questa particolare modalità di svolgimento delle udienze, anche cautelari, dinnanzi al giudice amministrativo.

La disposizione è apparsa sin da subito particolare perché prevede una modalità di discussione della causa alquanto singolare^[1].

Il legislatore, difatti, ha dovuto fronteggiare la problematica della presenza fisica dei difensori per la discussione in udienza pubblica o in camera di consiglio per la trattazione delle istanze cautelari^[2] resa impossibile dalle misure di contenimento della pandemia da Covid-19, che hanno anzitutto imposto dei limiti alla circolazione delle persone ed un distanziamento sociale oltre che fisico per limitare la diffusione del virus.

Così, con questa norma emergenziale, si è deciso anche per il processo amministrativo di prevedere delle modalità telematiche di trattazione delle controversie tramite una discussione “virtuale” tra i difensori delle parti ed il collegio giudicante.

A tale possibilità il legislatore ha pensato, tuttavia, di aggiungerne un'altra.

Il difensore non solo può richiedere la discussione a distanza, ma può altresì depositare brevi note d'udienza sino alle 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza o della richiesta del passaggio in decisione e, in questo caso, pur non essendovi stata un'effettiva discussione della controversia, anche se solo a distanza, il difensore è considerato presente all'udienza stessa.

Data la particolarità della previsione, occorre comprendere quale sia la portata di queste note di udienza, perché in un giudizio quale quello amministrativo, ove la trattazione scritta della causa è ampiamente articolata dal Codice tra deposito di documenti, memorie e repliche, certamente non possono assumere la portata di un ulteriore scritto difensivo dove inserire

questioni nuove che non siano già state dibattute nel contraddittorio tra le parti in considerazione anche del fatto che la tutela dell'integrità del contraddittorio[3] è un principio fondante, imprescindibile dello stesso processo amministrativo.

La giurisprudenza amministrativa, preoccupata dall'applicazione concreta che poteva trovare questa facoltà, si è subito affrettata a specificare le modalità di utilizzo delle note di udienza di cui all'art. 4, co. 1, d.l. 28/2020.

In primis, si è stabilito che le note di udienza intervenendo a ridosso dell'udienza, quale ultimo presidio del diritto di difesa prima di essa, e aggiungendosi all'atto introduttivo e alle memorie, devono rispettare il canone di sinteticità (e ragionevolmente non possono eccedere le tre - quattro pagine) e non possono assolvere alla funzione sostanziale della memoria con una elusione del termine di deposito di quest'ultima, pena la violazione del contraddittorio e un *vulnus* quanto all'approfondimento collegiale della causa[4].

L'art. 4, co. 1, d.l. n. 28/2020 (cui rinvia l'art. 25 del d.l. n. 137/2020) stabilisce, difatti, che le note di udienza sono alternative alla discussione orale, ma non specifica che la discussione orale debba essere anche chiesta e autorizzata.

Sicché, in assenza di una limitazione espressa, pare preferibile una interpretazione ampia della disposizione, che consenta il pieno dispiegarsi del diritto di difesa, in forma orale o in forma scritta (purché alternativa e non congiunte) a scelta del difensore, fermi restando, ovviamente, i principi di parità delle armi e di correttezza processuale.

Le note d'udienza non possono cioè essere utilizzate per svolgere attività difensive che andavano effettuate nei termini perentori del codice di rito, i quali siano ormai trascorsi, e così per sorprendere le controparti con argomenti che avrebbero dovuto essere spesi nei precedenti scritti difensivi.

Possono, invece, contenere, sia pure succintamente, replica agli argomenti conclusivi delle altre parti, che non era stato possibile introdurre negli scritti precedenti, ovvero una semplice ripresentazione dei profili salienti delle proprie argomentazioni già avanzate[5].

Correttamente, nella lettura della giurisprudenza amministrativa, le note di udienza non possono contenere argomenti difensivi introdotti "a sorpresa" rispetto ai precedenti atti perché deve essere tutelata la pienezza del contraddittorio, in considerazione del fatto che, già in sede cautelare, l'opzione prevalente, malgrado il periodo emergenziale, dovrebbe essere quello di garantire la discussione, quanto meno scritta tra le parti.

Ed infatti, in base ad una piana e coordinata lettura delle disposizioni legislative disciplinanti la trattazione delle istanze cautelari nella sede collegiale della camera di consiglio (art. 4, d.l. n. 28/2020; art. 55 cod. proc. amm.) nonché della relativa normativa di applicazione deve escludersi che la possibilità di replicare fino a due giorni prima della celebrazione della camera di consiglio (art. 55, co. 5, c.p.a.) alla memoria prodotta dalla parte avversaria comporti la preclusione della discussione orale da remoto della causa in sede cautelare, una volta che sia stata presentata domanda di discussione orale.

L'interesse a sentire le parti *ex art.* 73, co. 2, cod. proc. amm. è un'opzione assolutamente prevalente rispetto al passaggio in decisione della istanza di sospensiva allo stato degli atti, essendo la discussione orale un'incomprimibile estrinsecazione del diritto di difesa[6].

Peraltro, la discussione orale da remoto deve essere considerata del tutto equivalente rispetto a quella in presenza, quanto alla sua capacità di salvaguardare in maniera adeguata l'esercizio dei diritti di difesa e la pienezza della dialettica processuale[7].

Al riguardo, è doveroso sottolineare che l'art. 7, d.l. 23 luglio 2021, n. 105, c.d. decreto *green pass*, ha esteso le disposizioni emergenziali, comprensive dello svolgimento da remoto delle udienze, sino al 31 dicembre 2021 per il processo civile e penale ma non anche per quello amministrativo.

La legge di conversione del decreto, legge 16 settembre 2021, n. 126 ha introdotto un articolo 7-bis, ove, per il processo amministrativo, si è previsto che, *“fino al 31 dicembre 2021, in presenza di situazioni eccezionali non altrimenti fronteggiabili e correlate a provvedimenti assunti dalla pubblica autorità per contrastare la pandemia di COVID-19, i presidenti titolari delle sezioni del Consiglio di Stato, il presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e i presidenti dei tribunali amministrativi regionali e delle relative sezioni staccate possono autorizzare con decreto motivato, in alternativa al rinvio, la trattazione da remoto delle cause per cui non è possibile la presenza fisica in udienza di singoli difensori o, in casi assolutamente eccezionali, di singoli magistrati”*.

Questa distinzione, per cui lo svolgimento dell'udienza nel processo civile ed in quello penale sino al 31 dicembre 2021 continua ad essere a distanza mentre per quello amministrativo torna in presenza, salvo decisione diversa dei Presidenti dei Tribunali Amministrativi o delle singole Sezioni del Consiglio di Stato dinnanzi a situazioni eccezionali, francamente è incomprensibile perché la situazione emergenziale è la medesima per tutti i processi e l'equivalenza tra svolgimento da remoto ed in presenza delle udienze vale inevitabilmente anche per il giudizio amministrativo[8].

Tornando alle note di udienze, queste, come si è anticipato, costituiscono una modalità alternativa alla discussione orale del ricorso, configurata dall'art. 4 d.l. n. 28/2020 (richiamato dall'art. 25 d.l. n. 137/2020).

Si tratta, dunque, di una facoltà difensiva alternativa a quella della discussione orale.

Tanto che, come è stato chiarito in alcune pronunce, nel caso in cui le parti, per il tramite dei relativi difensori, partecipino alla discussione telematica, le note d'udienza dalle medesime depositate devono essere oggetto di una declaratoria di inutilizzabilità.

La maggiore problematica di queste note d'udienza riguarda il loro contenuto, perché per il loro tramite non si possono introdurre questioni o eccezioni difensive nuove che potrebbero sorprendere le controparti.

La sentenza del Consiglio di Stato che si annota evidenzia correttamente, difatti, come il contraddittorio scritto disciplinato dal Codice del processo amministrativo sia significativamente articolato, suddiviso nella presentazione di memorie e repliche.

Le repliche debbono contenere soltanto la risposta alle argomentazioni sviluppate da controparte nella memoria e non possono introdurre elementi nuovi.

Se ne deve inferire che le note di udienza rappresentano semplicemente una estrema sintesi degli argomenti già dibattuti oppure una contestazione di quanto controparte abbia illustrato in modo non corretto nella replica.

Non appare possibile, pertanto, introdurre questioni nuove in precedenza non dibattute, pena la violazione del contraddittorio e un *vulnus* quanto all'approfondimento collegiale della causa^[9].

Ancora, per di più, rileva la collocazione delle note di udienza.

Posto che si tratta di scritti depositati in prossimità dell'udienza, è evidente che ad esse deve essere attribuito il significato non di nuovi scritti difensivi, bensì di trascrizione di quanto altrimenti la parte avrebbe dedotto in udienza o in camera di consiglio.

Nel caso di specie, inoltre, rileva la circostanza che, essendo mancata la discussione orale del ricorso, alle quali le parti avevano rinunciato in primo grado, il mezzo utilizzato per introdurre la divisata eccezione di improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione della sopravvenuta determinazione regionale, recante l'approvazione dell'A.I.A., si è tradotto in un surrettizio strumento di elusione del contraddittorio sul punto controverso, atteso che sulla questione nuova non è stato possibile replicare nelle ordinarie forme.

Né è possibile argomentare che, giusta la previsione della facoltà delle parti di depositare le predette note entro il giorno antecedente quello stesso dell'udienza, sarebbe stato onere delle ricorrenti verificare anche *in extremis* gli eventuali depositi di controparte e i relativi contenuti: è evidente infatti che un siffatto modo di argomentare, determinando una sorta di "gara" tra le parti per avere l'ultima parola nei confronti del giudice, non è idoneo ad assicurare il contraddittorio processuale nel modo pieno e leale imposto dai principi costituzionali in materia di "giusto processo"^[10].

Le note d'udienza, pertanto, non devono costituire uno strumento di violazione del contraddittorio; le parti hanno la possibilità di articolare le loro difese entro gli ordinari limiti concessi dal Codice del processo amministrativo e le norme eccezionali, dettate per fronteggiare un'emergenza nazionale, non possono divenire norme derogatorie.

Peraltro, la possibilità di depositare note di udienza è alternativa alla richiesta di discussione orale; è quindi evidente che con le stesse si possano compiere solo delle precisazioni sulle memorie e sulle repliche delle controparti così come si potrebbe fare oralmente ma di certo non si può introdurre un'eccezione che non era stata precedentemente formulato.

Ed infatti, al riguardo la sentenza del Consiglio di Stato che si annota evidenzia come "*nel caso di specie le parti intimare in primo grado avrebbero avuto tutta la possibilità di evidenziare prima le cause del sopravvenuto difetto di interesse, anziché ridursi all'ultimo momento utile processuale, così precostituendosi, ancorché inconsapevolmente, i presupposti di una eccezione formulata "a sorpresa", sulla quale controparte non ha potuto replicare né è stata messa nelle condizioni per farlo"*.

Ora, chiarita la portata di questi particolari scritti difensivi, occorre comprendere quale sia la conseguenza processuale dell'introduzione, tramite questi, di una questione nuova sul quale non si sia formato il contraddittorio, e cosa succeda in grado d'appello se il giudice di prima cure non rilevi tale aspetto.

3. La questione rilevata d'ufficio dal giudice amministrativo ed il problema delle c.d. pronunzie della terza via

Il Consiglio di Stato ritiene, correttamente, che *“il giudice di prime cure, quindi, per un verso avrebbe dovuto considerare l'eccezione alla stregua di una questione nuova, fino ad allora non trattata, come tale inutilizzabile in quanto introdotta per la prima volta con mere note di udienza; per l'altro, ove ne avesse ravvisata la rilevanza ai fini della decisione (come poi accaduto in concreto), avrebbe dovuto procedere ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., sostanziosamente essa in una questione rilevata ex officio”*.

Quindi, il T.A.R. Lazio avrebbe dovuto ravvisare che l'eccezione di sopravvenuto difetto di interesse era stata posta per la prima volta con le note d'udienza, quindi “nuova” rispetto al contraddittorio tradizionalmente instaurato, e dichiararla inutilizzabile, salvo ritenerla rilevante ai fini della decisione ed agire, in questo caso, secondo il disposto dell'art. 73, co. 3 del Codice del processo.

Secondo questa norma, dedicata dal Codice all'udienza di discussione, se il giudice ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la indica in udienza dandone atto a verbale; se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

Vi è, pertanto, un vero e proprio obbligo per il giudice amministrativo: questo dovere del giudice di venire in soccorso alle parti *ex art. 73, comma 3, cod. proc. amm.* è posto a garanzia della pienezza del contraddittorio; costituisce cioè un meccanismo di tutela volto ad evitare pronunzie "a sorpresa" su profili che esplicano una influenza decisiva sul giudizio^[11], con la conseguenza che l'omessa comunicazione di una eccezione rilevata d'ufficio determina nel giudizio di appello l'annullamento con rinvio della causa^[12].

Occorre, tuttavia, compiere una precisazione: l'obbligo di attivare il contraddittorio presuppone che il collegio debba pronunciare sopra una questione che assuma valore dirimente ai fini della decisione della causa; tale non è, per definizione, quella inerente l'eccessiva lunghezza di una memoria difensiva attesa la natura meramente illustrativa della stessa^[13].

Il Codice si è preoccupato di garantire l'integrità del contraddittorio, tutelando le parti contro le sentenze della terza via pronunziate su questioni nuove, non poste all'attenzione delle stesse.

Il problema è stato avvertito in modo particolare successivamente alla modifica che la legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 ha apportato all'art. 111 Cost. ove è stato introdotto il primo comma secondo cui *“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*.

La necessità di evitare decisioni a sorpresa nel processo amministrativo era già stata, in realtà, evidenziata precedentemente alla modifica costituzionale[14], in quanto si sosteneva, giustamente, che i principi del giusto processo costituzionalizzati nel 1999 fossero già presenti nel nostro ordinamento[15]; la riforma costituzionale ha però avuto l'effetto di valorizzarli ancor di più e portare prima la giurisprudenza e poi il legislatore a riflettere su quali fossero le modalità migliori per tutelare l'integrità del contraddittorio nel processo amministrativo[16], che ha risentito molto, sul punto, anche delle correlative novità apportate nel giudizio civile.

Ed infatti, così come rilevato anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'obbligo del giudice di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio, a pena di nullità della sentenza, è stato espressamente introdotto, nel processo civile, prima per il giudizio di Cassazione con la novella apportata all'art. 384, co. 3, cod. proc. civ. dall'art. 1, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40; poi, in via generale, con quella apportata all'art. 101, co. 2, c.p.c. dall'art. 45, co. 13, della l. 18 giugno 2009, n. 69.

Quest'obbligo, in quanto correlato al potere-dovere del rilievo d'ufficio delle questioni non riservate all'eccezione di parte, quale espressione di un principio generale del processo, doveva ritenersi operante quantomeno dopo l'entrata in vigore delle novelle apportate al cod. proc. civ. anche nel processo amministrativo già nella disciplina previgente l'entrata in vigore del nuovo cod. proc. amm., ove risulta ormai codificato dall'art. 73, co. 3; ma anche a prescindere dalle stesse, esso era, come detto, già in precedenza ricavabile — *rectius*, ricavato — in via sistematica dalla garanzia costituzionale del giusto processo[17].

L'assunto è condivisibile, ma, come accennato, al di là dell'espressa codificazione della norma del Codice del processo, risulta ancor di più rafforzato dalle modifiche apportate dalla legge n. 69 del 2009 al cod. proc. civ., ed in particolare all'art. 101, dedicato al principio del contraddittorio[18].

Questa norma, difatti, dopo aver previsto che “*il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa*”, dispone al co. 2 che “*se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*”[19].

Come si può notare, al di là della fisiologica differenza dei termini, la norma dell'art. 73, co. 3 del Codice del processo amministrativo presenta un contenuto simile a quanto previsto nel co. 2 dell'art. 101, cod. proc. civ.[20], con la differenza che però questa prevede testualmente, quale conseguenza della sua inosservanza da parte del giudice, la nullità di ogni sentenza della terza via[21]: non è così nel processo amministrativo, perché, la nullità è circoscritta ai soli casi in cui si registra, in concreto, una violazione del contraddittorio come garanzia costituzionale, *ex artt.* 24, co. 2 e 111, co. 1 Cost., delle parti[22].

La preoccupazione del legislatore di evitare che vi sia una pronunzia assunta su una questione non sottoposta all'interlocuzione delle parti è forte e gli interventi normativi adottati in questo senso paiono adeguati, ma sul punto, sin dall'inizio degli anni 2000, è intervenuta in maniera decisa anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, anche nella composizione dell'Adunanza Plenaria.

Questa, difatti, già con la sentenza n. 1 del 2000, sulla spinta della riforma sul giusto processo dell'art. 111 Cost., ha affermato in modo risoluto che il giudice amministrativo, prima di decidere una questione rilevata d'ufficio, sulla base dell'art. 183, co. 3, cod. proc. civ. deve indicarla alle parti^[23], per consentirne la trattazione, in attuazione del principio del contraddittorio^[24].

Occorre comprendere, ora, cosa accada alla sentenza di primo grado se il giudice non indica alle parti una questione rilevata d'ufficio, come avvenuto nel caso di specie.

Si è già anticipato che nel processo amministrativo, a differenza di quello civile^[25], non vi è una previsione testuale della nullità della pronuncia della terza via.

La conseguenza è chiara: sono nulle soltanto le sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali pronunziate a sorpresa e che implicano, in concreto, un *vulnus* del contraddittorio come garanzia costituzionale delle parti^[26].

Il legislatore dell'art. 73, co. 3 del Codice del processo ha compiuto una scelta limpida, non prevedendo la nullità testuale.

Difatti, se non vi è una violazione del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti, la sentenza, in cui non vi è stata indicazione della questione rilevata d'ufficio, potrà essere qualificata come ingiusta, appellata quindi come tale, senza però che infici il campo della validità dell'atto processuale^[27].

Nel caso di specie, la presentazione dell'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse da parte resistente e controinteressata nelle note d'udienza concretizza un *vulnus* del contraddittorio^[28], non utilizzabile in quanto questione nuova salvo procedere, laddove giudicata rilevante, a' sensi dell'art. 73, co. 3 del Codice.

La sentenza del T.A.R. Lazio, non avendo il Collegio proceduto in tali termini, per violazione del contraddittorio, è stata pertanto giustamente considerata nulla da parte del Consiglio di Stato con rimessione della causa al giudice di primo grado *ex* art. 105, co. 1, cod. proc. amm.

4. Osservazioni critiche: l'effettività della tutela non può prescindere dall'integrità del contraddittorio

La decisione assunta dal Consiglio di Stato, per quanto sopra esposto, appare equilibrata e pienamente condivisibile.

A' sensi dell'art. 1 del Codice, la giurisdizione amministrativa “*assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”^[29].

L'effettività della tutela^[30] è raggiungibile solamente ove vengano rispettati i principi del giusto processo^[31], della pienezza del contraddittorio nonché il diritto di difesa delle parti^[32].

Ciò non sarebbe possibile ove, pur nella eccezionalità della disciplina dell'art. 4, d.l. 28/2020, si giudicassero legittime eccezioni sollevate nelle note difensive immediatamente antecedenti l'udienza pubblica o la camera di consiglio per la discussione dell'istanza cautelare.

È certamente vero che si tratta di una disciplina eccezionale, dettata per un periodo di emergenza nazionale, in cui è stato impossibile lo svolgimento tradizionale del giudizio amministrativo^[33].

Ma questo non può divenire uno strumento attraverso cui introdurre nell'ordinamento processuale una lesione a principi e garanzie di rilevanza costituzionale.

Le note d'udienza sono state pensate dal legislatore come uno strumento alternativo, per di più facoltativo, attraverso cui il difensore, impedito alla discussione "virtuale" della controversia, è considerato presente all'udienza.

In questi brevi scritti si possono precisare questioni o argomenti che erano già presenti negli atti precedenti^[34], al limite argomentando brevemente in relazione alla replica di controparte, così come si potrebbe fare discutendo oralmente in udienza^[35], ma non si possono introdurre eccezioni nuove, perché la controparte non avrebbe la possibilità di reagire.

Se così fosse ci si potrebbe limitare ad evidenziare questioni di fatto e di diritto secondarie nelle memorie e nelle repliche per poi sollevare l'eccezione risolutiva della controversia nella breve nota antecedente l'udienza.

Al di là di evidenti questioni deontologiche rinvenibili nel comportamento del difensore che così si comportasse, è chiaro che un siffatto ordinamento processuale non potrebbe funzionare, perché la sentenza non sarebbe mai "giusta"^[36].

Questa particolare modalità duale di discussione, come si è detto, salvo particolari eccezioni, non è stata rinnovata per il processo amministrativo sino alla fine del 2021, come invece è avvenuto per il processo civile e per quello penale e francamente non si riesce a comprenderne il motivo, perché se il processo è impossibile in presenza per le controversie civili e penali, così dovrebbe essere anche per quelle amministrative.

Ora, a parte questa considerazione di carattere sistematico, occorre sottolineare che la dichiarazione di nullità con rimessione degli atti al primo giudice compiuta dalla pronuncia del Consiglio di Stato che si annota è da condividere *in toto*.

L'eccezione di improcedibilità contenuta nelle note d'udienza non poteva essere utilizzata dal giudice di primo grado, con la conseguenza che, contravvenendo alla regola dettata nell'art. 73, co. 3 del Codice, la sentenza così pronunciata ha determinato una grave violazione del contraddittorio^[37].

In casi di così gravi violazioni, il Consiglio di Stato non può che pronunciare la nullità della sentenza, a garanzia della tenuta del sistema^[38].

[1] Sull'importanza dell'udienza di discussione nel processo amministrativo cfr. C.E. Gallo, *L'impedimento del difensore ed il rinvio dell'udienza nel processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1031 ss.

[2] Sullo svolgimento "tradizionale" delle udienze cfr. A. Crismani, *Le udienze nel processo amministrativo*, in *Giustamm*, 2012.

[3] In generale, su questo principio, cfr. L.P. Comoglio, *Contraddittorio (principio del)*, in *Encicl. giur. Treccani*, VIII, Agg., Roma, 1997; per l'applicazione nel processo amministrativo v. A. Romano Tassone, *Il contraddittorio*, in R. Villata, B. Sassani (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 383 ss.; con riferimento alla disciplina ante Codice del 2010 cfr. F. Merusi, *Il principio del contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 6 ss.; C. Dal Piaz, *Sul contraddittorio nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1971. Cfr. ancora, per un inquadramento sistematico del principio, il fondamentale studio di F. Benvenuti, *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, Vol. IX, 739 ss.; nonché L. Migliorini, *Contraddittorio (principio del)*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1988, Vol. VIII, 1 ss., secondo cui il contraddittorio "esprime la posizione di eguaglianza che è fatta alle parti nel processo in ordine alla possibilità di elaborazione del contenuto della sentenza".

[4] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 1° febbraio 2021, n. 662, in www.giustizia-amministrativa.it.

[5] Così T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 6 maggio 2021, n. 409, in www.giustizia-amministrativa.it.

[6] Così T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 5 giugno 2020, n. 102, in www.giustizia-amministrativa.it.

[7] Così Cons. Stato, Sez. II, 15 gennaio 2021, n. 24, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, inoltre, "a fronte di una disciplina positiva che contempla, in via straordinaria e temporanea, il collegamento da remoto come unica modalità di svolgimento della discussione orale, resta preclusa all'interprete ogni opzione interpretativa che, invece, ammetta la discussione in presenza, da intendersi quale possibilità esclusa, implicitamente, ma chiaramente, dalla citata normativa di riferimento (in ragione del suo carattere completo ed esauriente)".

[8] Al riguardo, si condivide il comunicato dell'UNAA, Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti, del 6 settembre 2021, in <http://www.unioneamministrativisti.it/comunicato-una-d-6-9-2021/>, che, già prima della conversione del decreto in legge, evidenziava come "in Commissione alla Camera è stato approvato un emendamento che si limita a prevedere che la discussione possa avvenire da remoto solo in casi eccezionali, non meglio indicati e lasciati alla discrezionalità dei singoli Presidenti dei TAR e delle Sezioni del Consiglio di Stato, introducendo così un modello ibrido mai nemmeno sperimentato ed aggravando la disparità di trattamento anche all'interno del nostro processo".

[9] V., ad esempio, Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, sez. giurisd., ord. 15 gennaio 2021, n. 36, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "le note di udienza, intervenendo a ridosso dell'udienza (entro le ore 12 del giorno anteriore l'udienza), quale ultimo presidio del diritto di difesa prima di essa, e aggiungendosi all'atto introduttivo e alle memorie, devono rispettare il canone di sinteticità (e ragionevolmente non possono eccedere le tre-quattro pagine) e non possono assolvere alla funzione sostanziale della "memoria" con una elusione del termine di deposito di quest'ultima".

[10] Secondo S. Foà, *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, nota a T.A.R. Piemonte, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 595 ss., "il giusto processo amministrativo deve assicurare, secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, una tutela piena ed effettiva. Ciò si traduce nella necessità di assicurare che il processo si svolga di fronte ad un giudice terzo e imparziale, nel contraddittorio ed a condizioni di parità tra le parti, senza cioè discriminazioni a vantaggio dell'una o dell'altra"; sul punto ancora Id., *Interesse legittimo "disomogeneo" rispetto al diritto soggettivo: ragionevole il termine decadenziale per l'azione risarcitoria*, nota a Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1583 ss.; si rinvia altresì a M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss.; M. Luciani, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, Relazione al Convegno "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi", Castello di Modanella, Serre di Rapolano (Siena), 19 - 20 maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, 1 ss.; M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100 ss.; F. Merusi, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 8 ss., secondo cui il processo per essere giusto deve poter soddisfare la pretesa dedotta in giudizio; M. Mengozzi, *Giusto processo e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009, 1 ss.; M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltizzazione"*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 552 ss.; S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, 1 ss.; v. G. Corso, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo: profili generali*, in *Aa. Vv.*, *Il giusto processo*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2003, 51 ss.; G. Leone, *Brevi note a margine della l. n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il «giusto processo amministrativo?»*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 645 ss.; M. Cecchetti, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 2001, Agg., Vol. V, 595 ss.; E. Picozza, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, 1074 ss.

[11] Profili che si possono concretizzare in qualunque questione di diritto o di fatto nonché ogni elemento valutativo, fino ad allora ignorato, che, se considerato rilevante, esige di venir sottoposto a contraddittorio: sul punto cfr. G. De Giorgi, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2012, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 23 ss.

[12] Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. III, 24 marzo 2020, n. 2065, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[13] Così Cons. Stato, Sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, in *Foro amm.*, 2020, 418; nonché Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277, in *Foro it.*, 2019, III, 57 ss.

[14] V., ad esempio, C.E. Gallo, *Lo svolgimento del giudizio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 520 ss.

[15] Così M.P. Chiti, *Influenza dei valori costituzionali e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 117 ss.

[16] Su come il dovere di collaborazione del giudice con le parti, che si concretizza nell'obbligo di indicazione delle questioni rilevate d'ufficio, debba farsi discendere dai precetti costituzionali dell'art. 111, co. 1 Cost. ma altresì dall'art. 24 Cost., cfr. F. Ceglie, *Le sentenze della "terza via" nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 905 ss.

[17] In tema cfr. l'affermazione di Cons. Stato, Sez. II, 12 dicembre 2019, n. 8447, in *Foro amm.*, 2019, 2003 ss.

[18] Su questa disposizione cfr. D. Buoncristiani, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 403 ss.

[19] Secondo la giurisprudenza di Cassazione, come ad esempio Cass. civ., Sez. III, 5 maggio 2021, n. 11724, in *Giust. civ. Mass.*, 2021, l'obbligo del giudice di stimolare il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio, stabilito dall'art. 101, co. 2, cod. proc. civ., non riguarda le questioni di solo diritto, ma quelle di fatto ovvero quelle miste di fatto e di diritto, che richiedono non una diversa valutazione del materiale probatorio, bensì prove dal contenuto diverso rispetto a quelle chieste dalle parti ovvero una attività assertiva in punto di fatto e non già mere difese.

[20] Secondo G. Crepaldi, *Le pronunce della terza via*, Torino, Giappichelli, 2018, 67, "in entrambi i giudizi, civile ed amministrativo, deve ammettersi che le rispettive discipline consentano l'introduzione di tutti gli strumenti utili ad una difesa in senso ampio, dal deposito di memorie contenenti le rispettive posizioni e le ragioni giuridiche rispetto alla questione rilevata d'ufficio, sino alla produzione di mezzi di prova, primi fra tutti i documenti, compresa la possibilità che le parti rimodulino la propria pretesa modificando le domande e le eccezioni già presentate".

[21] In tema cfr. M. Gradi, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 827 ss.; A. Giordano, *La sentenza della "terza via" e le "vie" d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una "terza soluzione" del giudice civile*, in *Giur. it.*, 2008, 913 ss.

[22] Sul punto cfr. L. Bertonazzi, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze "a sorpresa" e dintorni*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1048 ss., che riprendendo le parole di S. Chiarloni, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss., osserva come si è evitato di importare nel processo amministrativo "un caso tipico formalismo delle garanzie".

[23] Quest'orientamento dell'Adunanza Plenaria non era condiviso da parte della dottrina perché si riteneva che l'art. 183, co. 3, cod. proc. civ. non potesse ricomprendersi tra le norme di diritto processuale comune applicabili (anche) al processo amministrativo né estensibile allo stesso in via analogica stante la sua stretta attinenza alle funzioni — collaborative rispetto alle parti in causa — proprie del giudice istruttore nell'ambito della prima udienza di trattazione: così, ad esempio, G. Iudica, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *LexItalia*, n. 1/2000.

[24] Cons. Stato, Ad. Plen., 24 gennaio 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 305, con nota di A. Travi, *Riduzione del termine per l'appello nei giudizi in tema di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 12 ss., con nota di F. Ceglie, *L'Adunanza Plenaria indica un nuovo modello di processo amministrativo: la decisione n. 1 del 2000*.

[25] Sulle sentenze della terza via nel processo civile cfr., ad esempio, S. Chiarloni, *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*, 2011, 208 ss.; C. Consolo, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corr. giur.*, 2006, 507 ss.; L.P. Comoglio, *"Terza via" e processo "giusto"*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 758 ss.; E.F. Ricci, *La sentenza "della terza via" e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 751 ss.; E. Fabiani, *Rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, nota a Cass., Sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro it.*, 2006, 3181 ss.; F.P. Luiso, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?*, nota a Cass. civ., Sez. I, 21

novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002, 1612; L. Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 ss.; V. Denti, *Questioni rilevabili di ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss.

[26] Come evidenziato, già con riferimento al processo civile, da E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss., "contrariamente a ciò che alla superficie può apparire, l'inoservanza del dovere del giudice di stimolare il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio non mette in gioco, di per sé... il principio del contraddittorio [come garanzia costituzionale delle parti] e la correlativa nullità che sanziona il suo mancato rispetto. Trattandosi del dovere di sollecitare la previa discussione su questioni che appartengono al patrimonio del comune sapere di tutti i soggetti del processo, il principio che viene in considerazione è un altro, la cui trasgressione non comporta (e sarebbe irragionevole che comportasse) la nullità della sentenza. Si tratta del principio di reciproca collaborazione del giudice con le parti".

[27] In generale, sul tema, v. C.E. Gallo, *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1983.

[28] Si deve evitare la formazione del giudicato a sorpresa, che "è un attentato alla parità delle armi, e quindi all'idea del giusto processo": così F.P. Luiso, *Voilà m'sieurs dames, les jeux sont faits! Giudicato a sorpresa e cultura del giusto processo*, in www.judicium.it, 2012.

[29] F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi e domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1095 ss., ritiene che "l'attuale orientamento della giurisprudenza sia, in ordine a tale fondamentale principio, piuttosto arretrato".

[30] In linea generale, secondo I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in G.D. Comporti (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, Firenze University Press, 2016, 85, il concetto di effettività deve valorizzare il principio chiovendiano, "in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva tutto quello e proprio quello che il diritto sostanziale riconosce"; l'affermazione del principio è di G. Chiovenda, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1930, Vol. I, 101 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1923, ora in *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1965, 81, secondo cui "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire". C.E. Gallo, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 73 ss., nell'affermare che la giustizia amministrativa non può essere qualificata come servizio pubblico ma come funzione, ricorda che il sindacato prestatore dal plesso giurisdizionale T.A.R. – Consiglio di Stato deve essere pieno e completo sull'attività dell'amministrazione: in questo senso occorre leggere l'effettività della tutela nell'ambito del processo amministrativo; in merito cfr. altresì le osservazioni di M.A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 ss. Sul punto cfr. altresì S. Foà, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, Jovene, 2012; C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 758 ss.

[31] In tema v. M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, Giappichelli, 2017.

[32] Al riguardo si concorda con F.G. Scoca, *Processo amministrativo e giusto processo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, p. 1 ss., secondo cui il processo amministrativo si è profondamente evoluto fino ad essere almeno in potenza uno strumento pienamente efficace di tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Occorre, però, che lo strumento potenziale di piena tutela divenga effettivo: sul punto v. le considerazioni di C.E. Gallo, *Attualità del giudice amministrativo*, in *Giustizainsieme*, 15 giugno 2021.

[33] In tema di norme eccezionali dettate durante il periodo di emergenza sanitaria occorre fare riferimento altresì all'art. 84, d.l. 18 marzo 2020, n. 18 ove si è previsto solo la possibilità per le parti di chiedere la discussione orale dell'istanza cautelare, andando altrimenti in decisione sulla base solamente degli atti difensivi scritti: in tema cfr. C.E. Gallo, *La discussione scritta della causa nel processo amministrativo*, in Giustizainsieme.it, 16 luglio 2020; F. Saitta, *Il processo cautelare alle prese con la pandemia*, in *LexItalia*, 16 giugno 2020, 1 ss.; cfr. C. Cacciavillani, *Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28)*, in *Giust.Amm.*, n. 5-2020, 1 ss.; F. Francario, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *Federalismi*, Osservatorio Covid-19, 15 aprile 2020, 3 ss., che evidenzia come neanche la crisi sanitaria che stiamo vivendo può far immaginare una giustizia amministrativa che non garantisca una tutela piena nei confronti dell'Amministrazione; in tema v. anche Id., *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *Federalismi*, Osservatorio Covid-19, 23 marzo 2020, 1 ss.; M.A. Sandulli, *Vademecum sulle ulteriori misure anti Covid 19 in materia di giustizia amministrativa: l'art 84 del decreto "cura Italia"*, in L'Amministrativista.it, 2020; Id., *Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo*, in *L'Amministrativista*, 1° maggio 2020 N. Paolantonio, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più speciale*, in *Giust.Amm.*, 2020, 1 ss.

[34] In considerazione del fatto che, come evidenziato dalla giurisprudenza (ad esempio, Cons. Stato, Sez. II, 30 settembre 2019, n. 6534, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Toscana, Sez. II, 3 aprile 2019, n. 491, in *Foro amm.*, 2019, 688 ss.), già

l'oggetto della memoria di replica depositata dalla parte entro il termine di 20 giorni liberi prima dell'udienza di discussione deve restare contenuto nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusionale avversaria.

[35] Ai sensi dell'art. 73, co. 2 del Codice, difatti, *“nell'udienza le parti possono discutere sinteticamente”*.

[36] E le parti non si troverebbero in posizione di parità: sul punto cfr. le riflessioni di V. Domenichelli, *Per un processo amministrativo paritario*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 415 ss.

[37] Si concorda con F. Saitta, *La “terza via” ed il giudice amministrativo: la “questione rilevata d'ufficio” (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 827 ss., secondo cui *“nessuna valida ragione — tantomeno quella del carico dei ruoli, che peraltro dovrebbe essere stato reso meno gravoso dal progressivo aumento del contributo unificato, che in alcune materie è divenuto talmente esorbitante da apparire incompatibile con la normativa comunitaria — può ormai giustificare esenzioni del giudice amministrativo dall'obbligo di sottoporre al contraddittorio le questioni rilevate d'ufficio”*.

[38] Per evitare che il “giusto processo” rimanga “un'inafferrabile chimera”: sul punto v. le interessanti riflessioni di L.P. Comoglio, *Requiem per il processo giusto*, in *www.judicium.it*, 2013.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1591 - 2 marzo 2021

Recenti sviluppi in tema di intervento e di opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo (nota a CGARS, 13 gennaio 2021, n. 27)

di Michele Ricciardo Calderaro

Sommario: 1. Premessa: il caso di specie. – 2. La controversa ammissibilità dell'intervento nel giudizio amministrativo. – 3. La legittimazione ad agire dei controinteressati e l'esperibilità dell'opposizione di terzo. – 4. La soluzione fornita dal CGARS sul rapporto tra opposizione di terzo ed intervento nel giudizio di appello: l'orientamento in materia di ammissibilità dell'opposizione di terzo è consolidato.

1. Premessa: il caso di specie.

La sentenza che si annota nel merito è stata chiamata a pronunciarsi sull'utilizzo e sulla gestione delle concessioni demaniali.

Difatti, la Società ricorrente in primo grado era stata autorizzata con provvedimento dell'11 ottobre 2012 al subingresso nella concessione demaniale avente a oggetto un'area di mq. 100 in località Torre Conca del Comune di Pollina da adibire a servizi per la balneazione, concessione rinnovata il 27 marzo 2015 ed infine prorogata *ope legis* al 31 dicembre 2020.

Successivamente, la stessa società con istanza del 26 novembre 2014 aveva chiesto, ai sensi dell'art. 24 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione, di essere autorizzata ad adeguare la concessione alle norme igienico - sanitarie e al decreto dell'Assessorato

regionale del territorio e dell'ambiente del 4 luglio 2011, e, soprattutto, ad ampliare l'area concessa di mq 2.552,23 (successivamente ridotti a mq 1.997,00) per la sistemazione di sedie a sdraio e ombrelloni.

L'Assessorato regionale, previo preavviso di rigetto del 25 maggio 2017, con provvedimento del 18 luglio 2017 aveva però rigettato tale istanza.

La ricorrente impugnava il provvedimento regionale dinnanzi al T.A.R. Palermo dolendosi di una carenza d'istruttoria e di motivazione, nonché di una violazione delle garanzie procedurali.

A sostegno della posizione dell'Amministrazione regionale si costituiva in giudizio il Comune di Pollina attraverso un intervento *ad opponendum*.

La stessa ricorrente con successivo atto di motivi aggiunti impugnava anche il provvedimento dell'Assessorato regionale, che sulla base della nota del Comune di Pollina n. 9659 del 15 febbraio 2018 l'aveva dichiarata decaduta dalla concessione demaniale n. 399/2012 ai sensi delle clausole nn. 15 e 17 della concessione n. 388/2006 e dell'art. 47 lett. a), b) e f) del codice della navigazione, con la motivazione che il titolo non era mai stato attivato, e comunque non erano mai state rilasciate le autorizzazioni necessarie per la gestione dello stabilimento balneare.

Con un secondo atto di motivi aggiunti, notificato il 12 ottobre 2018, la società ricorrente impugnava, infine, il decreto n. 538 del 14 agosto 2018 col quale l'Assessorato aveva rilasciato al medesimo Comune di Pollina, ai sensi dell'art. 36 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione, la concessione demaniale marittima per una superficie complessiva di 3.000 mq. (dei quali mq. 1.725,00 di area scoperta e mq. 1.275,00 di area coperta con opere di facile rimozione) sulla spiaggia a ovest di capo Raisi Gerbi del Comune.

Il T.A.R. Palermo, con sentenza n. 903 dell'8 maggio 2020, accoglieva il ricorso e i motivi aggiunti e annullava gli atti impugnati sulla base delle seguenti motivazioni: la decadenza della ricorrente dalla concessione demaniale era stata arbitrariamente disposta in violazione delle garanzie procedurali e senza adeguata istruttoria; il rigetto dell'istanza di ampliamento proposta dalla stessa società era viziato da carenza istruttoria e di motivazione: tale istanza andava intesa quale domanda nuova e autonoma, sulla quale l'Assessorato regionale avrebbe dovuto determinarsi; il Comune avrebbe potuto ottenere l'assegnazione della concessione demaniale solo per destinare l'area in questione ad altri usi pubblici e non già per disporne a favore di privati terzi, nel qual caso avrebbe dovuto indire un'apposita procedura comparativa.

La sentenza è stata appellata dinnanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia dall'Amministrazione regionale e dal Comune di Pollina e nella stessa direzione è stato spiegato anche un'opposizione di terzo mediante intervento *adiuvandum* da parte della Società partner del Comune nell'iniziativa di utilizzo sull'area demaniale sulla base di un accordo di partenariato tra loro concluso il 22 febbraio 2019.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, con ordinanza 17-22 giugno 2020, ha accolto per quanto di ragione l'istanza cautelare proposta dal Comune di Pollina e dalla Società proponente l'opposizione di terzo, per l'effetto sospendendo interinalmente

l'efficacia della sentenza appellata nella parte in cui aveva annullato il titolo concessorio rilasciato al primo, motivando in questi termini: “*rilevato che la complessità della controversia, che vede l'articolata sentenza in epigrafe sottoposta a contestazione da parte di tre soggetti distinti, rende chiaro come la sede naturale di trattazione dei suoi molteplici aspetti problematici – sostanziali e processuali, questi secondi soprattutto di legittimazione ad appellare- sia quella del giudizio di merito, la cui udienza pubblica conviene pertanto sin d'ora fissare...*”;

considerato, con riferimento all'assetto interinale della materia del contendere, che la ricorrente vittoriosa in prime cure non dispone, almeno allo stato, di un titolo amministrativo idoneo a permetterle un accesso al godimento dell'area demaniale in contesa, dovendo/potendo l'Amministrazione regionale ancora rideterminarsi sui temi oggetto del primitivo ricorso e del primo atto di motivi aggiunti, e per l'ulteriore ragione che alla stregua della sentenza di prime cure occorrerebbe, in sostanza, svolgere una procedura di valutazione comparativa tra gli aspiranti in lite;

*osservato, per contro, che le ragioni a base delle domande cautelari proposte dal Comune appellante nonché dalla società proponente l'opposizione di terzo (n.d.a.), le quali appaiono sorrette da una sufficiente prospettazione di *periculum in mora* e *fumus boni iuris* (anche grazie alle convergenti censure rivolte alla sentenza in epigrafe dall'Amministrazione regionale), sono invece suscettibili di una misura cautelare autoesecutiva, la quale pertanto può essere accordata nei limiti necessari a permettere, nelle more del giudizio, la prosecuzione delle attività di godimento dell'area sulla base del titolo a suo tempo rilasciato dalla Regione al Comune”.*

L'organo di appello della giustizia amministrativa siciliana, pertanto, ha ritenuto di accogliere l'istanza cautelare presentata dal Comune di Pollina, anzitutto in quanto le questioni, sia di rito che di merito, meritavano un adeguato approfondimento in sede di merito, ma specialmente poiché, con riferimento alla valutazione del *periculum in mora* effettuata sulla base di una comparazione degli interessi pubblici e privati in gioco^[1], ha ritenuto prevalente l'interesse dell'Amministrazione regionale a rideterminarsi in materia e ad esercitare il correlativo potere, nonché l'interesse del Comune a mantenere il godimento dell'area demaniale sulla base del titolo all'epoca rilasciato dalla Regione.

In sede di discussione del merito, e quindi con la sentenza che si annota, è stato confermato invece l'annullamento della declaratoria di decadenza della concessione pronunciata dall'Amministrazione regionale in quanto assunta in violazione delle garanzie procedurali e senza adeguata istruttoria.

La pronunzia del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, che in fatto è stata chiamata a pronunciarsi in materia di utilizzo delle concessioni demaniali^[2], è meritevole però in questa sede di attenzione anzitutto quanto alle questioni di rito, specialmente per quanto concerne l'esperibilità dell'intervento e dell'opposizione di terzo nel processo amministrativo e conseguentemente l'individuazione dei terzi controinteressati dal giudizio.

2. La controversa ammissibilità dell'intervento nel giudizio amministrativo.

Come anticipato, la sentenza che si annota obbliga a compiere alcune riflessioni sulla posizione dei terzi nel processo amministrativo, ed in particolare sulla possibilità di esperire l'intervento in giudizio o di utilizzare lo strumento dell'opposizione di terzo.

In linea generale, l'intervento in giudizio è l'ingresso di un terzo in un processo pendente e può soggiacere a diverse classificazioni teoriche.

La ragione pratica dell'istituto consiste nell'interdipendenza delle posizioni giuridiche e dei rapporti giuridici; sebbene i terzi non possano essere pregiudicati formalmente dalla sentenza pronunciata tra altri, i rapporti giuridici di cui sono titolari possono sostanzialmente subire delle conseguenze indirette dalla sentenza altrui, determinando ciò la possibilità di un loro interesse all'esito di un processo di cui non sono parti[3].

Anzitutto, l'intervento può essere qualificato come volontario o coatto[4] a seconda che l'ingresso del terzo in giudizio avvenga sulla base di una sua propria autonoma scelta o per scelta di una delle parti già costituite, qualora si ritenga la causa comune al terzo oppure si voglia essere garantiti dallo stesso, o ancora per ordine del giudice laddove sia necessario integrare il contraddittorio oppure qualora il giudice ritenga la causa comune al terzo e, dunque, opportuno lo svolgimento del *simultaneus processus* anche nei confronti di quest'ultimo[5].

L'intervento volontario, a sua volta, può essere classificato in tre ulteriori categorie: occorre, difatti, distinguere tra intervento principale, intervento litisconsortile ed intervento adesivo dipendente.

Si parla di intervento principale (anche detto *ad excludendum*) allorché l'interventore fa valere, nei confronti di tutte le parti, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo[6], di intervento litisconsortile o adesivo autonomo allorché il terzo interventore deduce in giudizio un rapporto connesso per l'oggetto o per il titolo nei confronti di alcune soltanto delle parti in causa[7], mentre l'intervento adesivo dipendente si ha quando il terzo, avendo un proprio interesse, interviene per sostenere le ragioni di una delle parti[8], al fine di ottenere una sentenza favorevole alla parte adiuvata[9].

Se il codice di procedura civile disciplina compiutamente le diverse tipologie di intervento[10], più complessa è la situazione nel processo amministrativo.

Diverse sono le problematiche sollevate nei confronti dell'ammissibilità dell'intervento nel processo amministrativo, causate, in primo luogo, dalla mancanza, sino al codice del 2010, di un'organica disciplina dettata dal legislatore, circostanza che ha posto il problema dell'applicabilità per analogia della disciplina prevista dal codice di rito civile[11].

La risposta formatasi era nel senso di escludere una generalizzata trasposizione delle norme processualciviltiche nel processo amministrativo[12], atteso che queste sono state concepite e dettate con riferimento ad un modello di processo da citazione mentre il processo amministrativo è un tipico esempio di processo da ricorso, che si instaura dunque con un atto che si dirige subito al giudice, contenendo l'*editio actionis* ma non la *vocatio in ius*[13].

Ed infatti, sino al codice del 2010 la disciplina dell'intervento era contenuta in sole due disposizioni, ovvero nell'art. 22, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e nell'art. 37, r.d. 17 agosto 1907, n. 624, regolamento per la procedura dinnanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato[14].

Entrambe le disposizioni si limitavano a stabilire la possibilità di intervenire in giudizio per coloro che avessero un interesse nella contestazione[15] ed a disciplinare le modalità di notifica e del successivo deposito dell'atto di intervento[16].

Sulla base di questa sintetica quanto laconica disciplina, l'orientamento tradizionale, che, come anticipato, esclude una generalizzata applicabilità delle norme dettate per il processo civile, afferma che il processo amministrativo non dovrebbe conoscere l'intervento principale[17] e quindi la proposizione di una domanda autonoma da parte del terzo, avente ad oggetto una situazione soggettiva propria, diversa rispetto a quella già dedotte dalle altre parti e con esse incompatibili[18], in quanto è difficile individuare in questo tipo di giudizio soggetti che abbiano un interesse eterogeneo ed opposto rispetto a quello del ricorrente ed a quello della parte resistente[19].

Questa conclusione ha trovato conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, in specie nei propri arresti antecedenti al codice del 2010[20].

In particolare, i giudici amministrativi hanno ribadito che il terzo intervenore, non potendo essere titolare di un interesse diretto nella controversia, non può assumere una posizione autonoma ma solo aderire alla posizione di una delle due parti principali, escludendo, pertanto, la possibilità di esperire un intervento principale o anche solo litisconsortile[21].

Esperibilità dell'intervento principale o litisconsortile che, secondo un autorevole orientamento formatosi in dottrina, risulterebbe esclusa anche perché, trattandosi di interventi finalizzati alla tutela diretta di interessi dei terzi, sarebbe incompatibile con la regola della perentorietà dei termini per agire nel giudizio amministrativo[22].

Non sembra potersi condividere tale conclusione, non soltanto perché, a seguito della emanazione del codice, la totale preclusione all'intervento principale ed a quello litisconsortile sembra essere venuta meno, pur continuando a rimanere perentori i termini per l'esercizio dell'azione nel giudizio amministrativo, ma anche in virtù del fatto che, se è vero che nel processo civile non vi sono termini di decadenza ma solo di prescrizione per l'esercizio dei propri diritti, bisogna altresì tenere in considerazione che l'intervento volontario e quello litisconsortile non sono consentiti *ad libitum* ma soltanto sino a quando le parti originarie hanno la facoltà di svolgere attività assertoria, costituendo l'atto di intervento esperito in un momento successivo, e cioè sino al momento della precisazione delle conclusioni, un intervento tardivo, possibile solo in forma adesiva[23].

Il codice di procedura civile ed il codice del processo amministrativo, rispettivamente agli articoli 268 e 28, prevedono pertanto che il terzo potrà intervenire solamente accettando lo stato ed il grado in cui il giudizio si trova senza poter compiere alcun atto difensivo rispetto al quale sia già maturato un termine preclusivo nei confronti delle altre parti: la conseguenza è che nel processo civile il terzo non potrà intervenire oltre l'udienza di trattazione o nel termine eventualmente fissato dal giudice a' sensi del sesto comma dell'art. 183, cod. proc. civ., ovvero sino a quando alle parti originarie è consentita attività assertoria, dovendosi tenere in considerazione la possibilità di *emendatio*[24] ma non di *mutatio libelli*[25], con la conseguenza che l'intervento successivo, ammesso dall'art. 268, comma 1, cod. proc. civ. sino alla precisazione delle conclusioni, deve considerarsi, secondo l'orientamento prevalente, tardivo e limitato ai casi dell'intervento adesivo dipendente o del colegittimato all'azione[26].

Nel processo amministrativo, in modo analogo e ragionando in via astratta, l'intervento principale e litisconsortile non saranno più possibili decorso il termine di decadenza, al fine di evitare che l'intervento divenga lo strumento processuale cui ricorrere allorché si è decaduti dall'azione di annullamento, potendo così dar luogo ad un possibile abuso del processo[27], dato l'utilizzo di uno strumento processuale per finalità ad esso estranee.

La conseguenza è che, se l'interventore formula al giudice amministrativo la propria domanda entro il termine di decadenza per la proposizione dell'azione, non vi dovrebbero essere ostacoli, riferibili ai termini processuali, che impediscano di ammettere ogni forma di intervento volontario.

Occorre, tuttavia, tenere in considerazione le peculiarità del processo amministrativo; ed infatti, come anticipato, nel giudizio di impugnazione è difficile ipotizzare l'esistenza di soggetti che assumano una posizione contrapposta ad entrambe le parti del giudizio attraverso la proposizione di un atto di intervento principale[28].

D'altronde, diversi sono i connotati dell'azione proponibile in tale tipologia di giudizio rispetto a quelli propri dell'azione nel processo civile.

L'azione nel processo amministrativo, nella sua tradizionale configurazione impugnatoria, ha carattere unilaterale, nel senso che il giudice è tenuto ad accertare soltanto la fondatezza delle censure dedotte dal ricorrente in relazione al provvedimento impugnato, contrariamente al processo civile ove l'azione è bilaterale, concorrendo ad essa il convenuto, che, se pure si limita esclusivamente a concludere per il rigetto della citazione o del ricorso dell'attore, sostanzialmente propone al giudice una domanda di accertamento del rapporto dedotto in giudizio[29].

Pertanto, seguendo la ricostruzione tradizionale, l'estraneità, rispetto al processo amministrativo d'impugnazione, della figura dell'intervento volontario nelle sue varie forme e con l'ampiezza nota al processo civile, deve farsi risalire ai concetti dell'immutabilità delle posizioni soggettive, per cui chi ha titolo per proporre ricorso non può in alternativa entrare nel giudizio come interventore[30], e della disponibilità di un solo mezzo di difesa, a seconda della posizione nella quale si trova l'interesse che si vuole tutelare rispetto al provvedimento impugnato[31].

Se vi è difficoltà, data la natura peculiare del giudizio amministrativo, specialmente nel suo modello originario e tradizionale di giudizio di impugnazione, ad ammettere l'intervento di un terzo portatore di un interesse incompatibile sia con quello del ricorrente sia con quello dell'Amministrazione resistente, pacifica è sempre stata l'ammissibilità dell'intervento adesivo dipendente nel giudizio amministrativo.

L'intervento adesivo dipendente, che si ha allorché il terzo entra nel processo sostenendo le ragioni di una delle parti, si articola, come noto, in intervento *ad adiuvandum* allorché l'interventore aderisca alla posizione ed alle domande proposte dal ricorrente[32] ed in intervento *ad opponendum* quando l'interventore aderisce alla posizione della parte resistente o del controinteressato[33], opponendosi, in tal modo, alle domande avanzate dal ricorrente[34].

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è oramai consolidato nel ritenere ammissibile questa tipologia di intervento nel giudizio amministrativo.

Come è stato chiarito, due debbono essere le condizioni esistenti affinché l'intervento adesivo dipendente possa essere ritenuto ammissibile: la prima, di ordine negativo, si traduce nella necessaria alterità dell'interesse vantato dall'interventore rispetto a quello che legittimerebbe la proposizione del ricorso in via principale; la seconda, invece, a carattere positivo, esige che l'interventore sia in grado di ricevere un vantaggio, anche in via mediata e indiretta, dall'accoglimento del ricorso principale^[35], ovviamente qualora sia proposto un intervento *ad adiuvandum*.

Di conseguenza, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, risulta inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* spiegato nel processo amministrativo da chi sia *ex se* legittimato a proporre direttamente il ricorso giurisdizionale in via principale, considerato che in tale ipotesi l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che può farsi valere solo mediante proposizione di un ricorso principale nei prescritti termini decadenziali^[36].

È invece ammesso l'intervento adesivo dipendente, volto cioè a tutelare un interesse collegato a quello fatto valere dal ricorrente principale, con la conseguenza che la posizione dell'interessato è meramente accessoria e subordinata rispetto a quella della corrispondente parte^[37] principale.

Difatti, la posizione che legittima a spiegare intervento *ad adiuvandum* nel giudizio amministrativo consiste nella titolarità di un interesse non direttamente leso dal provvedimento da altri impugnato: ad esempio, non è stato ritenuto ammissibile l'intervento adesivo dell'amministrazione controllata nel giudizio per l'annullamento di un atto negativo di controllo, e cioè di un atto repressivo dell'esercizio di un potere, del quale è attributaria^[38] mentre è, al contrario, ammesso l'intervento del successore a titolo particolare nel rapporto controverso^[39].

Ciò perché, sempre secondo il Consiglio di Stato, l'intervento nel processo amministrativo, sia nella previgente disciplina sia secondo il disposto di cui all'art. 28 co. 2, c.p.a., non determina un litisconsorzio autonomo, bensì adesivo dipendente, a sostegno delle ragioni di una delle parti, consentito a condizione che il soggetto, se legittimato, non sia decaduto dal diritto di impugnare il provvedimento amministrativo^[40].

Nel processo amministrativo, insomma, l'intervento adesivo può essere svolto da soggetti che, non essendo stati parti nel rapporto sostanziale dedotto in giudizio, hanno comunque un interesse da far valere in giudizio, a condizione che la situazione giuridica fatta valere risulti dipendente o secondaria rispetto all'interesse fatto valere in via principale^[41].

Ne consegue, sulla scorta dell'anticipato orientamento della giurisprudenza amministrativa, che è inammissibile l'intervento di chi sia comunque legittimato a proporre direttamente ricorso in via principale avverso il medesimo atto impugnato da terzi nel procedimento in cui ritiene di intervenire, eludendosi altrimenti il rispetto dei termini decadenziali individuati dalla legge^[42].

La circostanza che l'intervento adesivo dipendente, nelle forme dell'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum*, possa essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale comporta, così come ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel corso del 2020, che non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un diverso giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire.

Peraltro, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce[43].

Risulterebbe pertanto sistematicamente incongruo ammettere l'intervento volontario in ipotesi che si risolvessero nel demandare ad un giudice diverso da quello naturale (art. 25, co. 1, Cost.)[44] il compito di verificare in concreto l'effettività dell'interesse all'intervento (e, con essa, la concreta rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio *a quo*), in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale, ove si pensi alla necessaria verifica che il giudice *ad quem* sarebbe chiamato a svolgere, ai fini del richiamato giudizio di rilevanza, circa l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio *a quo*[45].

Questo ovviamente per quanto concerne la giurisdizione di legittimità ove si pone il problema del rispetto dei termini decadenziali per l'impugnazione dei provvedimenti.

Diversa parrebbe la situazione relativamente alle controversie che rientrano nella giurisdizione esclusiva[46].

Difatti, si dovrebbe ritenere che nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva che vertono sulla tutela dei diritti soggettivi siano utilizzabili tutte le forme di intervento disciplinate dal codice di procedura civile, non potendosi pervenire a soluzione diversa se si vuole che il processo amministrativo, seguendo altresì i dettami del diritto e della giurisprudenza europea, sia effettiva attuazione della funzione giurisdizionale, cioè renda giustizia[47].

Ed invero, la configurazione della nuova giurisdizione amministrativa esclusiva in termini di "giurisdizione piena" non consente una limitazione delle facoltà processuali delle parti, ove esse non siano espressamente escluse dalle norme processuali amministrative o, comunque, rispetto ad esso incompatibili[48].

Così, in queste ipotesi, dovrebbe ritenersi ammissibile l'intervento non solo adesivo ma anche principale: ogni soggetto che si pretenda interessato può intervenire in giudizio rispettando le forme e i termini propri dell'atto di intervento, salva la successiva verifica all'udienza cautelare o pubblica dell'ammissibilità e della fondatezza dell'intervento stesso[49].

Se si configura il giudizio amministrativo non più necessariamente come un giudizio su un atto[50] ma come un giudizio su un rapporto[51] e sulle sottese situazioni giuridiche, che possono essere anche di diritto soggettivo, è evidente che in questi casi, avvicinando sempre di più il processo amministrativo a quello civile, quanto a facoltà e poteri processuali, non si

può non consentire la possibilità di intervenire in giudizio secondo tutte le modalità di intervento volontario previste dal codice di procedura civile[52].

3. La legittimazione ad agire dei controinteressati e l'esperibilità dell'opposizione di terzo.

Gli istituti dell'intervento in giudizio e dell'opposizione di terzo sono tra di loro strettamente interconnessi e non possono essere trattati disgiuntamente.

Quanto appena descritto in tema di intervento è perciò una necessaria preconditione per comprendere al meglio la portata dell'istituto dell'opposizione di terzo.

Occorre, anzitutto, dare conto del fatto che l'opposizione di terzo non è sempre stata prevista tra i mezzi impugnatori della sentenza del giudice amministrativo[53].

La Corte costituzionale, difatti, con la sentenza di tipo addittivo n. 177 del 1995, aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 28 della Legge n. 1034 del 1971 nella parte in cui non prevedeva l'opposizione di terzo[54] tra i rimedi impugnatori nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo, strumento necessario al terzo toccato dal giudicato al fine di far valere le sue ragioni dotandolo di un apposito mezzo di impugnazione equivalente a quello che, in altri processi, consente di soddisfare le medesime esigenze, atteso che l'azione amministrativa, direttamente o di riflesso, coinvolge per sua natura una pluralità di soggetti che non sempre sono ritenuti parte necessaria nelle controversie oggetto del giudizio[55].

L'interconnessione con l'intervento in giudizio è palese laddove si consideri che, se al terzo deve essere consentito l'utilizzo di questo strumento impugnatorio[56], parimenti si deve ribadire possibile, quantomeno relativamente alle ipotesi di giurisdizione esclusiva vertenti su diritti soggettivi[57], esperire tutte le tipologie di intervento volontario previste nel nostro ordinamento[58], tenendo in considerazione che l'intervento volontario costituisce, come noto, una sorta di opposizione di terzo "anticipata"[59], nel senso che permette di introdursi in quel giudizio rispetto al quale si ha un particolare interesse e che si concluderà con una sentenza rispetto alla quale si potrebbe attivare il rimedio dell'opposizione del terzo[60].

Tutto ciò evita, rispettando i principi della pienezza del contraddittorio e dell'effettività della tutela giurisdizionale del singolo processo, di ricorrere ad uno strumento di eliminazione del giudicato formatosi, valorizzando la regola aurea della certezza dei rapporti giuridici così come definiti dalla sentenza che conclude il giudizio[61].

Come anticipato, però, il percorso che ha portato all'inclusione dell'opposizione di terzo tra i mezzi impugnatori nel processo amministrativo è stato lungo e tormentato[62], non solo per la mancata previsione da parte del legislatore ma anche per l'atteggiamento, che si potrebbe definire non creativo, della giurisprudenza amministrativa.

La IV Sezione del Consiglio di Stato, sin dal 1892, ha ritenuto di negare accesso ad istanze in forma di opposizione di terzo in quanto estranee al procedimento contenzioso amministrativo[63]. La spiegazione può essere rinvenuta, oltreché nel silenzio normativo, anche nella tradizionale configurazione impugnatoria del giudizio amministrativo, che pareva escludere la possibilità di consentire un tal mezzo impugnatorio ai terzi, in quanto, se il

provvedimento oggetto del giudizio di annullamento ha un'efficacia *erga omnes*, la stessa efficacia deve essere necessariamente riconosciuta alla sentenza che conclude il giudizio[64].

Il problema principale che emerse in un processo che si stava configurando come un processo di parti riguardava la posizione dei controinteressati pretermessi dal giudizio di primo grado, rispetto ai quali autorevole parte della dottrina evidenziò la necessità di ammettere l'esperibilità dell'opposizione di terzo come necessaria garanzia del contraddittorio in favore di soggetti che altrimenti non avrebbero altro modo di tutelare le proprie posizioni soggettive[65].

Per quanto si ritenesse che la giurisprudenza amministrativa non potesse colmare la lacuna normativa o meglio non potesse estendere in via analogica la disciplina prevista per il processo civile[66], emergeva con forza il problema della tutela dei terzi, ed in particolare dei controinteressati[67], e della necessaria attuazione della garanzia del contraddittorio, con la conseguenza che specialmente il Consiglio di Stato cercò di estendere la legittimazione dell'intervento in appello in senso ampiamente esteso a "*qualunque interessato che non sia anche parte necessaria del processo*", in considerazione del fatto che il giudizio, tra altre parti pendente, "*possa pregiudicare in linea di fatto la posizione soggettiva*" del terzo escluso dal giudizio[68].

Risolutivo è stato l'intervento, probabilmente tardivo, della Corte costituzionale con la sentenza n. 177 del 1995.

La Corte, come noto, ha ritenuto la mancanza nella disciplina del processo amministrativo dell'opposizione di terzo ordinaria[69] avverso le sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con gli articoli 3 e 24 della Costituzione.

Ciò semplicemente sulla base della *ratio* dell'istituto.

L'esigenza del rimedio è, in base agli orientamenti prevalenti, desunta dalla constatazione della possibilità che - nonostante la regola generale, dettata dall'art. 2909 cod. civ., dell'inefficacia della sentenza nei confronti di soggetti diversi dalle parti del processo a conclusione del quale essa sia stata pronunciata - si presentino casi in cui, per effetto della cosa giudicata, venga a determinarsi una obbiettiva incompatibilità fra la situazione giuridica definita dalla sentenza e quella di cui sia titolare un soggetto terzo rispetto ai destinatari della stessa[70].

L'opposizione di terzo ordinaria trae perciò ispirazione da tale evenienza e consente a coloro che non sono stati coinvolti nel processo di far valere le loro ragioni, infrangendo lo schermo del giudicato per rimuovere il pregiudizio che da esso possa loro derivare. Ciò sia nel caso che la situazione vantata dall'opponente ed incompatibile con quella affermata dal giudicato venga considerata dal diritto sostanziale prevalente rispetto a quest'ultima, sia nel caso che la sentenza cui ci si oppone risulti pronunciata senza il rispetto di regole processuali[71].

Evenienze del genere si manifestano certamente anche nel processo amministrativo. Anzi, a causa dell'intreccio dei rapporti naturalmente implicati dall'attività amministrativa e dai relativi procedimenti oggetto di sindacato giurisdizionale, è probabile che detta evenienza possa manifestarsi più frequentemente proprio in questo processo e non soltanto nei casi in cui un controinteressato, parte necessaria, sia stato pretermesso e non abbia potuto far valere le sue ragioni.

Non di rado, difatti, l'azione amministrativa, direttamente o di riflesso, coinvolge per sua natura una pluralità di soggetti che non sempre sono ritenuti parte necessaria nelle controversie oggetto del giudizio.

Data la peculiare natura del processo amministrativo che, come attualmente configurato, si svolge normalmente tra i soggetti interessati dall'atto impugnato, è possibile che la sentenza che lo conclude possa poi dar luogo, per la sua attuazione, ad altri procedimenti interferenti su rapporti facenti capo a soggetti che non dovevano o, in alcuni casi, addirittura non potevano partecipare al processo e dunque diversi dai destinatari in senso formale della sentenza medesima.

L'introduzione così perentoria operata dalla Corte costituzionale ha trovato finalmente la sua definitiva consacrazione legislativa con il Codice del processo amministrativo del 2010.

L'art. 108 del Codice, riprendendo in modo pressoché analogo il dettato dell'art. 404 cod. proc. civ., al primo comma delinea l'opposizione di terzo ordinaria stabilendo che un terzo può fare opposizione contro una sentenza del tribunale amministrativo regionale o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi.

Una volta che l'istituto ha trovato espresso riconoscimento nel sistema positivo del processo amministrativo, è divenuto necessario individuare quali sono i soggetti che vi possono ricorrere, e qui la giurisprudenza ha dovuto evidentemente chiarire quali sono i terzi che possono vedere pregiudicata la propria posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo da una sentenza pronunciata tra altre parti processuali.

Come chiarito anzitutto dal Consiglio di Stato^[72], la legittimazione a proporre opposizione di terzo nei confronti della decisione del giudice amministrativo resa tra altri soggetti deve essere riconosciuta: a) ai controinteressati pretermessi, perché è mancata la notifica nei loro confronti; b) ai controinteressati sopravvenuti; c) ai controinteressati non facilmente identificabili; d) in generale, ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma e incompatibile, rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione^[73], con esclusione, di conseguenza, dei titolari di un diritto dipendente, ovvero di soggetti interessati di riflesso, non sussistendo per questi, per definizione, il requisito dell'autonomia della loro posizione soggettiva^[74].

La legittimazione a proporre opposizione di terzo nei confronti di sentenza del giudice amministrativo resa *inter alios* deve essere, dunque, riconosciuta ai controinteressati pretermessi, nonché a quelli occulti (perché non facilmente identificabili) o sopravvenuti, non intervenuti nel processo, allorché tale assenza non sia dipesa da una loro decisione, ma sia conseguenza di un'omissione dovuta alla controparte, alla mancata attivazione dei poteri di integrazione del contraddittorio del giudice o a vizi del procedimento amministrativo a monte, per mancanza di una corretta individuazione o di una espressa evocazione nella formalità degli atti.

Tali soggetti, pur non avendo partecipato al relativo giudizio, sono nondimeno titolari di un interesse qualificato al mantenimento dell'atto impugnato: interesse che, di conseguenza, risulta travolto direttamente dall'annullamento dell'atto stesso; sicché l'attuazione del comando contenuto nella sentenza sarebbe ontologicamente incompatibile rispetto ad una

coesistenza, sul piano sostanziale, dei due ordini di interessi propri del ricorrente e dell'opponente[75].

Pertanto, nell'attuale formulazione dell'art. 108, co. 1 del Codice, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 195/2011[76], la legittimazione a proporre opposizione si incentra su due elementi essenziali, uno che si potrebbe definire di carattere negativo e l'altro positivo: la mancata partecipazione al giudizio conclusosi con la sentenza opposta ed il pregiudizio che reca la sentenza ad una posizione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo di cui l'opponente risulti titolare.

Solamente attraverso l'opposizione di terzo, quindi, può sanarsi la contraddizione tra "cosa giudicata" in senso sostanziale (*ex art. 2909 cod. civ.*), che tuttavia, come è noto, definisce e limita l'efficacia dell'accertamento contenuto in sentenza alle parti del giudizio, e posizione di colui che tale qualifica di parte non ha potuto incolpevolmente acquisire, risolvendosi così quella incompatibilità fra la situazione giuridica definita dalla sentenza e quella di cui sia titolare un soggetto terzo rispetto ai destinatari della stessa, già rilevata dalla Corte costituzionale con la nota sentenza additiva del 1995.

Deve, invece, escludersi la legittimazione ad agire in opposizione di terzo avverso la sentenza lesiva per il titolare della posizione principale di coloro che, rimasti estranei al giudizio, siano titolari di un interesse di mero fatto, non giuridicamente rilevante, alla rimozione del provvedimento impugnato, interesse che avrebbe tutt'al più legittimato *un intervento ad adiuvandum* in primo grado, ai sensi dell'art. 28, co. 2, cod. proc. amm.[77].

E quindi, la legittimazione ad impugnare la sentenza con l'opposizione di terzo ordinaria (*ex art. 108, comma 1, cod. proc. amm.*) presuppone in capo all'opponente la titolarità di un diritto, o di un interesse legittimo, pregiudicato dalla situazione giuridica risultante dalla sentenza pronunciata tra altre parti, con la precisazione che l'incompatibilità della sua posizione con la statuizione giurisdizionale deve essere riferita non solo a colui il quale aspirava al medesimo bene conseguito dal ricorrente vittorioso, ma, in senso più lato, anche a colui che intenda difendere un bene della vita inciso negativamente, nella sua integrità o nel suo valore, dalla sentenza opposta[78].

Il problema principale nel valutare l'ammissibilità dell'opposizione di terzo concerne, pertanto, la figura del terzo nel processo amministrativo, ed in particolare del controinteressato, e la sua legittimazione ad intervenire, o meglio a resistere rispetto ad una sentenza ed a un giudicato che si può formare anche nei suoi confronti senza che questo abbia potuto svolgere attività difensiva a tutela dei propri interessi nel giudizio.

La questione non è di facile risoluzione, specialmente quanto all'individuazione dei terzi, e così il Consiglio di Stato ha cercato di chiarire il quadro con un'importante pronunzia del 2019.

Le leggi sul processo amministrativo hanno sempre contemplato, accanto ai controinteressati, che sono parti necessarie, una categoria indefinita di terzi che sono legittimati a intervenire, ma il modello risulta tutt'altro che conclusivo, se non altro perché considera più le forme di ingresso nel processo, che i contenuti e le prerogative di ciascuna partecipazione.

Per i controinteressati in senso stretto, la questione si pone, sotto il profilo processuale, nei termini di attuazione del principio del contraddittorio, il quale (in particolare, art. 2 cod. proc. amm. anche in relazione all'art. 24 Cost. e all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, richiamati dall'art. 1 cod. proc. amm.), si declina operativamente (artt. 27 e 41 del Codice) nel senso della sua necessaria "integralità", garantita dalla notifica del ricorso all'Amministrazione resistente e, ove esistenti, a tutti i "controinteressati", che costituiscono le parti necessarie, cioè le "*parti nei cui confronti la sentenza deve essere pronunciata*" (al riguardo, l'art. 28, co. 1, le legittima, in caso di omessa notifica, all'intervento "*senza pregiudizio del diritto di difesa*", cioè senza la soggezione allo stato e grado del giudizio e senza il condizionamento alla sussistenza di uno specifico interesse ed all'accertamento del mancato verificarsi di decadenze, cui il successivo comma subordina l'intervento di altri terzi che non siano contraddittori necessari).

Propriamente controinteressati sono, del resto, le "*persone alle quali l'atto o provvedimento direttamente si riferisce*" di cui già faceva (esatta) parola l'art. 36, co. 2, T.U. sul Consiglio di Stato: titolari di un interesse qualificato opposto a quello del ricorrente, la cui posizione processuale (era ed) è qualificabile in termini di vero e proprio litisconsorzio necessario.

Peralto, è noto che la nozione rilevante di controinteressato necessario fa leva sulla ricorrenza di un duplice requisito: 1) sostanziale, rappresentato dalla titolarità di una posizione qualificata di vantaggio, attribuita specificamente a quel soggetto dal provvedimento impugnato (in tal senso l'atto è "riferibile" ad essa); 2) formale, rappresentato dall'identificazione nominativa del soggetto nell'atto impugnato.

Oltretutto, la verifica dei requisiti per la posizione di controinteressato viene effettuata con riguardo al momento di introduzione del giudizio (come è logico, trattandosi di posizione di controinteresse rispetto all'atto impugnato). Pertanto, l'acquisto di una posizione qualificata di vantaggio successivamente alla presentazione del ricorso (come spesso si verifica nel caso di emanazione di provvedimenti consequenziali a quello impugnato) non comporta alcuna necessità di integrare il contraddittorio. Per tal via, non sono litisconsorti necessari i controinteressati successivi.

Queste considerazioni dimostrano l'eccezionalità della figura dei controinteressati in senso solo sostanziale (o controinteressati "occulti") e dei controinteressati successivi: essi sono parimenti titolari di una situazione soggettiva qualificata (opposta, con riferimento all'atto impugnato, a quella del ricorrente) e sono, perciò, assoggettati agli effetti della sentenza (quanto meno, della sentenza di annullamento), pur non essendo contraddittori necessari.

Occorre osservare - avuto riguardo alla distinzione tra effetto di annullamento^[79] ed efficacia (soggettiva) del giudicato - che tali soggetti subiscono le conseguenze demolitorie della sentenza *inter alios*, ma non sono soggetti al relativo giudicato^[80], che è condizione - necessaria prima che sufficiente - a legittimarli alla opposizione di terzo.

Più complessa è la situazione che si verifica allorché la posizione di vantaggio sia determinata da un atto impugnato che abbia consistenza normativa o portata generale: in questi casi (in sintomatica differenza di quel che è dato riscontrare nei provvedimenti c.d. plurimi), l'annullamento ha caratteristica efficacia *ultra partes*.

Nondimeno, a differenza dei controinteressati in senso proprio, l'attribuzione di una posizione di vantaggio è, per definizione, priva del carattere di "specificità": onde, pur essendo possibile l'intervento in giudizio, appare arduo immaginare una generalizzata legittimazione all'opposizione di terzo (verisimilmente preclusa proprio dal rilievo che si tratta di soggetti direttamente incisi dal giudicato, rispetto al quale non sono perciò propriamente terzi).

Sotto ulteriore profilo, titolare di una posizione qualificata d'interessi, opposta a quella del ricorrente, non è solo chi abbia "conseguito un vantaggio specifico" per effetto dell'atto impugnato, ma è anche chi per effetto dello stesso atto abbia "evitato un pregiudizio specifico". Si pensi al caso del proprietario rispetto all'impugnazione, da parte del vicino, di un diniego (o di un annullamento) di un permesso di costruire^[81]; ovvero al concorrente, rispetto alla impugnazione di un provvedimento di esclusione^[82].

La giurisprudenza afferma tradizionalmente che questi soggetti non sono controinteressati, rilevando che il provvedimento impugnato (negli esempi proposti: il diniego o l'annullamento del permesso di costruire, l'esclusione da una procedura concorsuale o ad evidenza pubblica) non assegna ad essi alcuno specifico vantaggio. Di conseguenza, anche se questi terzi sono espressamente "nominati" nell'atto, non assumono mai la veste di contraddittori necessari, pur potendo intervenire in giudizio.

Dovrebbe anche, coerentemente, escludersi per costoro la possibilità di proporre opposizione di terzo: sennonché la questione, secondo il Consiglio di Stato^[83], parrebbe richiedere un complessivo ripensamento, che esula del tutto dai limiti delle considerazioni che si vanno svolgendo, alla luce della possibilità che, in conseguenza del progressivo trasformarsi del giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto, si acceda già in sede cognitoria (e non solo nella tradizionale prospettiva conformativa) all'accertamento, in presenza di attività vincolata, della fondatezza della pretesa^[84].

Parimenti opinabile è, in questa prospettiva, il superamento, per espressa e non poco problematica opzione positiva, della tradizionale opinione circa l'assenza di controinteressati nel giudizio avverso il silenzio dell'Amministrazione^[85]: anche qui, se la possibilità di legittimare posizioni di controinteresse necessario emerge dalla scelta legislativa (verosimilmente giustificata proprio dalla apertura del giudizio sul silenzio all'accertamento della fondatezza sostanziale della pretesa), resta dubbio in quale misura possa strutturarsi la legittimazione a proporre opposizione di terzo avverso la sentenza che si limiti ad accertare l'obbligo di provvedere.

In ogni caso, ancora diversa è la posizione dei terzi titolari di un interesse semplicemente "dipendente" da quello di una delle parti necessarie del processo, che per vario rispetto possono essere equiparati (anche ai fini della legittimazione all'intervento) ai titolari di un interesse di mero fatto.

Costoro, per un verso non possono vantare una posizione soggettiva autonoma (stante la postulata relazione di dipendenza) e, per altro verso, non sono mai e per definizione, rispetto al giudicato *inter alios*, in posizione di incompatibilità giuridica, ma - semmai - di mera (e non rilevante) incompatibilità pratica (che, se vale ad abilitarli all'intervento adesivo dipendente *adiuvandum*, ne esclude la legittimazione all'opposizione impugnatoria).

I rilievi che precedono giustificano, pur nella obiettiva problematicità di qualche profilo, le conclusioni cui è giusta la giurisprudenza, alla cui stregua deve ritenersi che la legittimazione a proporre opposizione di terzo nei confronti di una sentenza del giudice amministrativo resa *inter alios* vada, in definitiva, riconosciuta solo ai controinteressati pretermessi, nonché a quelli occulti (perché non facilmente identificabili) e a quelli sopravvenuti, non intervenuti nel processo, allorché tale assenza non sia dipesa da una loro decisione, ma sia conseguenza di un'omissione dovuta alla controparte, alla mancata attivazione dei poteri di integrazione del contraddittorio del giudice o a vizi del procedimento amministrativo a monte, per mancanza di una corretta individuazione o di una espressa evocazione nella formalità degli atti.

Tali soggetti, pur non avendo partecipato al relativo giudizio, sono nondimeno portatori di un interesse (giuridicamente) qualificato al mantenimento dell'atto impugnato: interesse che, di conseguenza, risulta travolto (direttamente ed immediatamente) dall'annullamento dell'atto stesso; sicché l'attuazione del comando contenuto nella sentenza sarebbe ontologicamente incompatibile rispetto ad una coesistenza, sul piano sostanziale, dei due ordini di interessi propri del ricorrente e dell'opponente^[86].

Si deve, per l'opposto ordine di ragioni, escludere la legittimazione attiva all'opposizione di terzo ordinaria di coloro la cui situazione giuridica sia (semplicemente) collegata da un rapporto di dipendenza o di derivazione con quella di altri soggetti parti in causa; allo stesso modo deve essere esclusa la legittimazione ad agire dei soggetti interessati solo di riflesso: rispetto a tali categorie difetta, infatti, il requisito dell'autonomia della posizione soggettiva stessa.

Pertanto, a differenza della parte necessaria pretermessa, il titolare della posizione secondaria, accessoria e riflessa, pur potendo intervenire nel giudizio, non è legittimato ad impugnare con opposizione di terzo ordinaria la sentenza lesiva per il titolare della posizione principale^[87].

4. La soluzione fornita dal CGARS sul rapporto tra opposizione di terzo ed intervento nel giudizio di appello: l'orientamento in materia di ammissibilità dell'opposizione di terzo è consolidato.

Per pacifica giurisprudenza, l'opposizione di terzo è mezzo di impugnazione a contestuale natura rescindente e rescissoria^[88], perché mira anche all'accertamento di una pretesa in conflitto con quella accertata giudizialmente^[89].

Il problema principale, come si è ampiamente visto nel precedente paragrafo, attiene alla legittimazione alla proposizione del rimedio impugnatorio.

Nel caso di specie, la Società che ha proposto l'opposizione di terzo ha radicato la propria legittimazione su due elementi: di aver partecipato alla procedura indetta dall'Amministrazione comunale mediante avviso pubblico, nell'anno 2017, per acquisire la disponibilità di operatori interessati all'attivazione di un partenariato pubblico/privato per la gestione delle attività connesse a una concessione demaniale marittima nella località Capo Rais Gerbi (titolo che sarebbe stato poi rilasciato al Comune mediante un decreto regionale); e di avere stipulato con lo stesso Comune il relativo accordo di partenariato il successivo 22 febbraio 2019.

Il Consiglio di Giustizia ha ritenuto inammissibile l'opposizione di terzo.

Basandosi sulla consolidata giurisprudenza esaminata nel paragrafo precedente, il Consiglio di Giustizia ha ricordato che la proposizione dell'opposizione di terzo ordinaria contro una sentenza del giudice amministrativo, ancorché non passata in giudicato, è subordinata alla sussistenza di un pregiudizio, determinato dalla pronuncia impugnata, ai diritti o agli interessi legittimi del ricorrente.

Il rimedio ha, infatti, il fine di tutelare il litisconsorte necessario pretermesso, ovvero il titolare di una situazione soggettiva autonoma e incompatibile con quella accertata nella sentenza e rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della pronuncia opposta^[90].

Perché possa essere proposta l'opposizione di terzo deve perciò sussistere un elemento fondamentale: la titolarità di una posizione soggettiva autonoma giuridicamente qualificata rispetto al *thema decidendum*, escludendo, per converso, la legittimazione di coloro che versino in una posizione collegata da un nesso di dipendenza o derivazione (o comunque meramente secondaria e accessoria) rispetto a quella di una delle parti in causa, o che siano interessati solo di riflesso.

Nel caso di specie, la posizione della Società che ha proposto opposizione di terzo si ricollega appunto solo in via derivata e riflessa, ossia solo per il tramite del concluso accordo di partenariato, alla concessione demaniale rilasciata dalla Regione, col decreto impugnato in sede giurisdizionale, all'Amministrazione comunale di Pollina.

Il provvedimento concessorio, di per sé, non attribuisce infatti all'opponente alcun diretto vantaggio giuridico.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, però, si spinge oltre, non limitandosi a dichiarare la semplice inammissibilità dell'opposizione di terzo spiegata; ed infatti, in coerenza con il principio di conservazione degli atti processuali, ha ritenuto che l'intervento della Società opponente benché spiegato sotto forma di opposizione di terzo, possa comunque essere riguardato *sub specie* di comune intervento adesivo dipendente *ad adiuvandum* dell'appello comunale, in applicazione della regola generale della possibilità d'intervento nel giudizio d'impugnazione da parte di chi vi abbia interesse (art. 97 c.p.a.).

La conclusione cui giunge l'organo d'appello della giustizia amministrativa siciliana è condivisibile.

Dato che l'opposizione di terzo ordinaria può essere proposta non già da tutti coloro che rivestono la qualità di terzi rispetto al giudizio nel quale è stata emessa la sentenza ed abbiano comunque un interesse, sia pure di fatto, ad insorgere contro la pronuncia, ma soltanto da chi, oltre ad essere terzo, vanta in relazione al bene che ha formato oggetto della controversia un proprio diritto autonomo e nel contempo incompatibile con il rapporto giuridico accertato o costituito dalla sentenza^[91], circostanza che nel caso di specie non era ravvisabile, la legittimazione ad introdursi in giudizio della Società che ha proposto l'opposizione di terzo giudicata inammissibile può essere qualificata più correttamente come legittimazione ad intervenire in appello poiché, ai sensi dell'art. 97, cod. proc. amm., l'intervento adesivo non autonomo può essere proposto per la prima volta anche nel processo amministrativo di

appello da parte di chiunque abbia interesse alla contestazione, altresì ove titolare di un interesse di mero fatto^[92].

Questo è proprio il caso di specie ove non vi è un contrasto tra i rapporti giuridici accertati in sede giurisdizionale e quelli di soggetti terzi, potendo questi vantare solo interessi in via derivata e riflessa dall'utilizzo della concessione demaniale da parte del Comune di Pollina, con la conseguenza che al limite possono intervenire in appello *ex art. 97 del Codice*^[93] ma non certo proporre opposizione di terzo ordinaria.

[1] Si permetta il rinvio, per un approfondimento della questione, a M. Ricciardo Calderaro, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, in *Federalismi*, n. 27/2020, 223 ss.; in generale si rinvia a M.A. Sandulli, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1130 ss.; in materia cautelare si deve dare conto della recente tendenza ad impugnare i decreti cautelari monocratici, malgrado il chiaro disposto in senso contrario del Codice del processo amministrativo: sul punto cfr. M.A. Sandulli, *Giurisprudenza creativa e digitalizzazione: una pericolosa interazione che accresce i rischi di incertezza sulle regole processuali*, in *Federalismi*, 13 gennaio 2021; ma già prima del Codice cfr. C.E. Gallo, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2615 ss.

[2] Sulle reiterate proroghe delle concessioni demaniali per uso turistico e sul relativo intervento della Commissione dell'Unione europea nei confronti dell'Italia cfr. P. Quinto, *Proroga delle concessioni demaniali*, in *LexItalia*, 9 dicembre 2020; la letteratura in materia è ampia, *ex multis* si rinvia a F. Francario, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in *Aa. Vv.*, *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, vol. I, 729 ss.; F. Armenante, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 261 ss.; A. Lucarelli, L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2018, 1250 ss.; M. Timo, *Concessioni demaniali marittime: tra tutela della concorrenza e protezione della costa*, in *Giur. it.*, 2017, 2191 ss.; L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 912 ss.; A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 437 ss.; M. D'Orsogna, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*, in *Urb. e app.*, 2011, 599 ss.

[3] Così E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, a cura di V. Colesanti, E. Merlin, E.F. Ricci, Milano, Giuffrè, 2007, 103; nello stesso senso L. Montesano, G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2001, vol. I, 632, secondo cui "la ratio che accomuna le varie ipotesi di intervento, sia volontario che coatto, deve essere individuata nell'interdipendenza dei rapporti giuridici sostanziali, cioè nei collegamenti, di vario tipo e natura, che possono sussistere, sul terreno sostanziale, tra il rapporto che è oggetto dell'originario processo ed altri rapporti che coinvolgono o possono coinvolgere soggetti estranei al primo: coinvolgimento, però, che, per la natura stessa di tali collegamenti sostanziali, non richiede mai la necessaria partecipazione di altri soggetti (i quali sarebbero, in tal caso, litisconsorti necessari), ma che può determinare, sempre sul terreno sostanziale, conseguenze in senso lato pregiudizievoli (o potenzialmente tali) nei confronti di questi soggetti in relazione all'esito della lite, tali da giustificare la partecipazione degli stessi al processo *inter alios*".

[4] S. Costa, *Intervento (dir. proc. civ.)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1972, vol. XXII, 466, evidenzia come l'intervento coatto, inteso in senso generale, comprende vari istituti che vanno dall'intervento coatto in senso stretto, alla *laudatio o nominatio auctoris*, ed alla *litisdenuntiatio*; "questi due ultimi istituti non hanno in realtà la funzione di servire per la chiamata in causa di un terzo, ma la *litisdenuntiatio* consiste nella denuncia al terzo che è sorta una determinata lite, mentre con la *nominatio auctoris* il possessore d'una cosa in nome altrui, convenuto in tale qualità, denuncia la lite al possessore mediato, onde esser estromesso".

[5] Secondo F. Locatelli, *Commento all'art. 105*, in L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, Utet, 2012, vol. II, 97 ss., "le ragioni che giustificano il superamento della bilateralità dello schema classico del processo e aprono la via all'ipotesi dell'intervento in causa, concernono le connessioni sostanziali sottostanti alle azioni esperite, che possono essere di diverso tipo, ma mai tali da rendere la partecipazione del terzo al processo necessaria (ossia non si è dinanzi a quelle stesse ragioni che legittimano e giustificano il litisconsorzio facoltativo). L'interesse ad intervenire spontaneamente in causa si comprende, in particolare, solo alla luce delle possibili conseguenze indirette e pregiudizievoli che potrebbero scaturire per il terzo che decida di rimanere estraneo al processo".

[6] Sul punto cfr. C. Punzi, *Il processo civile, Sistema e problematiche*, Torino, Giappichelli, 2008, vol. I, 315 ss., secondo cui, in tale tipologia di intervento, "le caratteristiche che deve avere il diritto del terzo, perché costui possa ottenere la tutela richiesta, sono tre: autonomia-incompatibilità-prevalenza".

[7] In tema cfr. A. Chizzini, *Commento all'art. 105*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, Ipsoa, 2010, 1186, a giudizio del quale, con questa tipologia di intervento, "si viene a instaurare a posteriori un litisconsorzio facoltativo dato che può mancare l'accordo per l'azione comune all'inizio del processo".

[8] Così, *ex multis*, S. Costa, *op.cit.*, 462.

[9] A. Chizzini, *L'intervento adesivo, Struttura e funzione*, Padova, Cedam, 1992, vol. II, 901 ss., osserva come "l'affermazione di una dipendenza all'interno del processo rispetto alla volontà della parte principale deve essere un dato accolto solo alla luce della valutazione del diritto positivo - e con precisione, del diritto processuale - e non un mero corollario che si trae dalla stessa natura della situazione sostanziale che opera sul piano diverso della legittimazione. Peraltro (...) spesso non si supera l'immediato rilievo che l'intervenuto non è titolare del rapporto dedotto e in ragione di ciò si ritiene di potere risolvere persuasivamente ogni questione che attiene alla posizione dell'intervenuto nel processo. Il che appare, invece, del tutto insufficiente".

[10] Sulle tipologie e le modalità di intervento nel giudizio civile cfr. C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2016, vol. I, 454 ss. e vol. II, 134 ss.; G. Tarzia, F. Danovi, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, Giuffrè, 2014, 166 ss.

[11] Con riferimento alla disciplina che era stata prevista per l'intervento nel giudizio dinnanzi al Consiglio di Stato cfr. U. Borsi, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1941, 315, secondo cui "l'interveniente non può ampliare il tema della controversia sollevata col ricorso"; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1969, 830 ss.

[12] M. D'Orsogna, *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 434, osserva come "volgere lo sguardo direttamente al complesso gioco degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa, al di là dello schermo formale del provvedimento amministrativo, avrebbe richiesto, infatti, un mutamento di prospettiva assai profondo cui dottrina e giurisprudenza non erano preparate, attese le incertezze dogmatiche sulla nozione di interesse legittimo e la costruzione del processo amministrativo secondo uno schema prettamente demolitorio. E ciò trova conferma nella circostanza che alcune delle più brillanti intuizioni sull'intervento (che rappresentano forse il miglior tentativo di trasferire alla realtà amministrativa le esperienze del processo civile) provengono da quella nostra dottrina che ha consegnato alla dogmatica giuridica una compiuta elaborazione del rapporto giuridico amministrativo quale oggetto del giudizio: con tutto ciò che a questa innovativa (al di là della sua accoglibilità sul piano concettuale) elaborazione consegue in tema di ricostruzione del contraddittorio, del giudicato e dell'estensione delle forme di intervento ammesse nel giudizio amministrativo"; sull'esclusione di una generalizzata applicabilità delle norme del codice di procedura civile all'intervento nel processo amministrativo cfr. M. Pazardjiklian, *Riflessioni sulla legittimazione all'appello da parte dell'interveniente "ad opponendum"*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 853 ss.

[13] Sul punto cfr. A. Police, *Il ricorso di primo grado, la costituzione delle altre parti, l'intervento, il ricorso incidentale*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, 2014, vol. XLII, 407 ss.; per una ricostruzione tradizionale si rinvia a F. Sciarretta, *Appunti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2007, 196 ss., a giudizio del quale l'unico intervento ammissibile nel processo amministrativo è quello volontario adesivo, rimanendo esclusi sia l'intervento principale che quello litisconsortile, "in quanto attraverso questi tipi di intervento potrebbe essere facilmente elusa la perentorietà del termine entro il quale deve essere proposto il ricorso"; sulla possibilità del solo intervento *ad adiuvandum* cfr. già G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. II, 266.

[14] Secondo L.R. Perfetti, *Commento all'art. 22*, in A. Romano, R. Villata (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2009, 779, le disposizioni in questione non escludono affatto l'intervento principale - "rivenendo l'enunciato normativo in esame dall'imitazione del codice di rito previgente, nel quale le forme di intervento diverse da quello adesivo erano pacificamente ammesse - né, per le ragioni che si sono già esposte, pare si debba raggiungere la conclusione che l'ammissione di forme di intervento diverse da quello adesivo comporti la necessaria deroga al termine decadenziale di impugnazione (che semmai varrà solo per quelle parti la cui domanda giudiziale sia intesa ad ottenere l'annullamento del provvedimento)". Contraria l'opinione di R. Ferrara, *Commento all'art. 22*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2001, 831, secondo cui, sulla base delle disposizioni in commento, risultava ammissibile solo l'intervento volontario ed adesivo dipendente, in quanto rimesso alla volontà dell'intervenitore ed a favore di una delle parti principali del processo.

[15] M. Ramajoli, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 8 maggio 1996, n. 2, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 118 ss., evidenzia come la configurazione che la legge di istituzione dei Tribunali Amministrazioni Regionali offriva all'istituto dell'intervento derivasse strettamente da quella del codice di procedura civile del 1865 ove, all'art. 201, si stabiliva che chiunque avesse interesse in una controversia tra altre persone poteva intervenirevi; sul punto cfr. in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 1989, n. 215, in *Giur. it.*, 1989, III, 185 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 1992, n. 558, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 491, con nota di E. Stoppini, *Intervento ad opponendum e legittimazione all'appello nel processo amministrativo: brevi riflessioni*, 495 ss., e in *Giur. it.*, 1993, III, I, 800 ss.

[16] Per l'interpretazione che ravvisava nell'art. 22 della c.d. Legge T.A.R. gli estremi per configurare solamente l'intervento adesivo, *ad adiuvandum* ed *ad opponendum*, nel processo amministrativo cfr., S. Tassone, *Intervento "ad opponendum" nel giudizio di primo grado e legittimazione all'appello*, nota a Cons. St., Sez. V, 15 giugno 1992, n. 558, in *Giur. it.*, 1993, III, 803 ss.

[17] Si può far risalire a V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1901, vol. III, 1016, la prima formulazione secondo cui l'unica forma di intervento ammissibile nel processo amministrativo è quella denominata dipendente.

[18] Così si esprimono G. Tarzia, F. Danovi, *op. cit.*, 167.

[19] Sul punto cfr. P. Patrito, *Lo svolgimento del giudizio e le decisioni emesse in camera di consiglio*, in R. Caranta (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2011, 449 ss.; V. Caianello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 2003, 626, che esclude la compatibilità dell'intervento litisconsortile nel processo amministrativo da impugnazione; *contra*, C.E. Gallo, *Giudizio amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1991, vol. VII, 244, secondo cui dovrebbe ritenersi in astratto possibile l'intervento principale in sede di giurisdizione esclusiva, "allorché vi possa essere una terza parte, a questo punto presumibilmente un'amministrazione, che voglia far valere in giudizio la titolarità a sé spettante dei diritti su un bene dedotto in giudizio"; M. Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 143, sostiene che anche nel processo amministrativo di legittimità dovrebbe trovare ingresso l'intervento principale nelle ipotesi di connessione necessaria per incompatibilità.

[20] Con rare eccezioni: ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 1978, n. 13, in *Cons. St.*, 1978, I, 24 ss., ha affermato la possibilità di ammettere tutte e tre le tipologie di intervento previste dall'art. 105, cod. proc. civ., ovvero l'intervento principale, litisconsortile e adesivo dipendente nel processo amministrativo; in dottrina cfr. l'orientamento favorevole all'ammissibilità dell'intervento principale nella giurisdizione esclusiva, già nel vigore della Legge T.A.R., di E. Picozza, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, 484.

[21] In questi termini Cons. Stato, Sez. VI, 18 agosto 2009, n. 4958, in *Foro amm. CdS*, 2009, 1885, che, partendo da tale presupposto, afferma che ai fini della legittimazione all'intervento volontario di soggetti diversi dalle parti originarie è sufficiente un qualsiasi interesse, anche di puro fatto o morale.

[22] Così N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 158; *contra*, M. Nigro, *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 372, che critica l'orientamento preclusivo dell'ammissibilità dell'intervento principale, fondato sull'ostacolo dell'elusione del termine per ricorrere, osservando che esso non può avere valore assoluto; ed infatti, tale ostacolo è privo di ragione d'essere, non solo allorché il termine non è ancora scaduto, bensì anche nel caso di impugnativa di atti indivisibili, il cui annullamento opera nei confronti di tutti i destinatari, che restano soggetti al giudicato, con conseguente restrizione del contraddittorio alle dimensioni che non gli sono state naturali. Si consideri, inoltre, che è stata ammessa la possibilità di convertire l'atto di intervento in ricorso principale, qualora non siano scaduti i termini di decadenza, purché tale atto possieda, rispetto a quest'ultimo, i requisiti di sostanza e di forma, compresi quelli di natura fiscale, ed emerga la volontà di agire quale ricorrente: così Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 1970, n. 713, in *Foro amm.*, 1970, I, 2, 908; la conseguenza è che, attraverso la conversione, si dà ingresso ad un intervento di tipo principale: si esprimono in tali termini A. Caracciolo La Grotteria, *Parti e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 43 e A. Albini, *L'intervento del legittimato a ricorrere e conversione in ricorso principale nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, 288.

[23] Cass. civ., Sez. III, 5 ottobre 2018, n. 24529, in *Ilprocessocivile.it*, 3 dicembre 2018, con nota di G. Amodio, *Intervento del terzo e preclusioni*, ha ribadito che, allorché il terzo decida di intervenire in un processo nel quale sia stata già esaurita la fase della deduzione istruttoria, piuttosto che agire a tutela del proprio diritto in un autonomo giudizio, egli non potrà che sottostare al sistema delle preclusioni ed al divieto di regressione delle fasi processuali, potendo solo partecipare al giudizio rebus sic stantibus.

[24] Cass. civ., Sez. II, 1° marzo 2016, n. 4051, in *Giur.it.*, 2016, 2150 ss., con nota di C. Cariglia, *La Corte di Cassazione conferma il nuovo orientamento in tema di ammissibilità della domanda nuova*, precisa che la modificazione della domanda, consentita dall'art. 183 cod. proc. civ., può riguardare uno o entrambi gli elementi della domanda, il *petitum* e la *causa petendi*, sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei termini processuali; questa possibilità è finalizzata a consentire che si concentrino, in unico processo e dinnanzi allo stesso giudice, delle controversie aventi ad oggetto la medesima vicenda sostanziale, piuttosto che determinare la potenziale proliferazione dei processi; in senso conforme Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Giur.it.*, 2015, 2101 ss., con nota di G. Palazzetti, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*, in *Foro it.*, 2015, I, 3193 ss., con nota di A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, *ivi*, 2016, I, 255, con nota di C.M. Cea, *Tra mutatio ed emendatio libelli: per una diversa interpretazione dell'art. 183, c.p.c.*; in *Corriere giur.*, 2015, 968 ss., con nota di C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*.

[25] Secondo Cass. civ., Sez. III, 24 aprile 2015, n. 8394, in *Guida dir.*, 2015, 32, 77, si deve parlare di *mutatio libelli* "quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un petitum diverso e più ampio oppure una causa petendi fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e particolarmente su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga al giudice un nuovo tema d'indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed

alterare il regolare svolgimento del processo; si ha, invece, semplice emendatio quando si incida sulla causa petendi, in modo che risulti modificata soltanto l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul petitum, nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere"; così anche Cass. civ., Sez. trib., 20 luglio 2012, n. 12621, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 9, 1058. Sulla possibilità di emendatio e l'impossibilità di mutatio libelli cfr. già Cons. Stato, Sez. V, 6 novembre 1992, n. 1186, in *Cons. St.*, 1992, I, 1580, secondo cui gli artt. 183 e 184 c.p.c. pongono il principio del divieto di modificare la domanda e di ampliare l'oggetto del giudizio: peraltro va ritenuto che una modifica consentita della domanda (emendatio libelli) si ha ogni qualvolta non si verifichi mutamento del fatto giuridico a fondamento della pretesa, non prospettandosi nuovi elementi di mutazione del fatto costitutivo del diritto né aggiungendosi o sostituendosi al diritto controverso, come specificato nella domanda introduttiva; viceversa per modificazione non ammessa della domanda (mutatio libelli), secondo il Consiglio di Stato, deve essere intesa sia quella che, mediante l'immutazione del fatto costitutivo, introduce nel processo un nuovo e diverso fatto giuridico, considerato quale presupposto oggettivo cui l'ordinamento fa conseguire determinati effetti giuridici in corrispondenza al mutare del *thema decidendum* originario, sia quella che rinnovi l'oggetto della domanda.

[26] Così C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2016, vol. II, 136 ss., secondo cui l'intervento tardivo pregiudica le possibilità di difesa del terzo interveniente, specie sotto il profilo delle iniziative istruttorie a lui precluse.

[27] E quindi, compiere un atto formalmente lecito, tendente però a perseguire finalità estranee al suo scopo: così F. Cordopatri, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 874 ss.; sul punto cfr. altresì, tra gli studi più recenti, P.M. Vipiana, *L'abuso del processo amministrativo*, in G. Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, Esi, 2016, 247, secondo cui la valenza certa dell'abuso del processo, quale argomentazione giuridica, è quella di costituire uno schema argomentativo "in cui collocare una serie di istituti che già trovano la loro disciplina in sede normativa. A tale livello l'abuso del processo assurge a mero minimo comun denominatore di tali istituti: una sorta di fil rouge fra essi oppure, in altri termini, una scatola in cui collocarli tutti. In tale ruolo l'abuso del processo è una figura inidonea a ledere: sicuramente non indispensabile, ma forse non inutile a creare, a fini sistematici e didattici, una base unitaria ad un numero di istituti eterogenei"; M. Fornaciari, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 593 ss.; M.G. Pulvirenti, *Riflessioni sull'abuso del processo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 1091 ss.; A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 23 ss.; G. Corso, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1 ss.; G. Tropea, *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1262 ss.; S. Baccarini, *Abuso del processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1203 ss., secondo cui "non si tratta di comportamenti vietati o comunque illeciti perché in diretta violazione delle norme processuali, ma di uso improprio di uno strumento processuale, in sé lecito, che produce effetti pregiudizievoli sul procedimento"; G. Verde, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1085 ss.; Id., *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1138; G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo: studio critico*, Napoli, Esi, 2015; K. Peci, *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, commento a Cons. Stato, Sez. III, 13 aprile 2015, n. 1855, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 691 ss.; S. Chiarloni, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1281 ss.; quanto all'utilità dell'introduzione del concetto di abuso del processo nel giudizio amministrativo cfr. C.E. Gallo, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1022, secondo cui "si tratta di una norma di chiusura, volta a reprimere un uso distorto dello strumento processuale, che, di conseguenza, è utile per il fatto di esserci, anche se ci si augura che non debba mai essere utilizzata, risultando bastante il suo significato educativo"; N. Paolantonio, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Encicl. dir.*, Giuffrè, Milano, 2008, *Annali*, II, tomo I, 6, secondo cui, ai fini della costruzione di una definizione di abuso del processo amministrativo, occorre tenere conto della particolare posizione delle parti nel giudizio amministrativo; tale circostanza, secondo l'Autore, reca due conseguenze di non poco momento: "la prima è che gli schemi classici dell'abuso processualeciviltico non trovano sempre pedissequa applicazione nel processo amministrativo: basti pensare al regime della condanna alle spese di lite in caso di soccombenza, assai di rado utilizzata dal giudice amministrativo, sia in sede cautelare che di merito, in virtù di un'atavica quanto ingiustificata esigenza di salvaguardia del pubblico erario. La seconda è che la sostanziale disparità delle parti nel processo amministrativo è essa stessa causa, talora, d'abuso, sia delle parti (dell'amministrazione, ma anche del ricorrente), sia del giudice"; nonché cfr. già l'opinione di G. De Stefano, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 582 ss.

[28] Si veda, per tutti, C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020, 192, che evidenzia come, invece, "se il termine per ricorrere è ancora aperto, nulla vieta che il secondo ricorrente, anziché avviare un giudizio autonomo, proponga una domanda di intervento litisconsortile, senza per questo derogare alla perentorietà dei termini per ricorrere. In ogni caso, l'intervento litisconsortile è possibile nel giudizio di accertamento, non essendovi ragione per impedire la presenza di più parti nello stesso giudizio".

[29] Così S. Santoro, *Appunti sull'intervento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 553, secondo cui, sulla base della disciplina dettata dal r.d. n. 624 del 1907 e dalla legge istitutiva dei T.A.R., "nel processo amministrativo, anche in quello d'accertamento (ma è un'anomalia dovuta al fatto che questo è ancora costruito sul modello di quello d'impugnazione), a differenza che nel processo civile, il giudice non può pronunciarsi sulla domanda senza che il ricorrente si sia costituito, e la rinuncia al ricorso non abbisogna di accettazione delle altre parti, alle quali essa deve soltanto essere notificata (art. 46 R.D. cit.)". Per quanto concerne la disciplina della rinuncia prevista dal codice del 2010, l'art. 84 dispone che questa vada notificata alle altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza e se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono il processo si estingue: sul punto cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 22 marzo 2016, n. 96, in www.giustizia-amministrativa.it e T.A.R. Lazio, Roma, III, 8 maggio 2015, n. 6576, in *Foro amm.*, 2015, 1559, a giudizio del quale il documento con cui si dichiara di rinunciare al ricorso non può valere come rinuncia al ricorso stesso, ove non risulti notificato alle altre parti almeno 10 giorni prima dell'udienza così come prescritto

dall'art. 84, co. 3, d.lgs. n. 104 del 2010, comprovando, in ogni caso, la carenza di interesse alla definizione del giudizio e giustificando la declaratoria di improcedibilità del gravame.

[30] Secondo V. D'Audino, *L'intervento adesivo nel procedimento giurisdizionale davanti al Consiglio di Stato*, commento a Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 1925, n. 937, in *Foro amm.*, 1926, I, I, 31 ss., si equivoca "tutte le volte in cui si sostiene che l'intervento non è ammissibile nei casi in cui l'interessato avrebbe dovuto presentare ricorso autonomo e principale per il motivo che con l'ammissione dell'intervento si riaprirebbero dei termini scaduti. Nessun termine viene ad essere riaperto se dell'annullamento del provvedimento si giova lui come si possono giovare gli altri che non hanno preso parte al giudizio. Siamo lieti che con la decisione annotata la Sezione in difformità delle precedenti pronunce, pur senza particolare motivazione, abbia adottata la soluzione sin qui difesa ammettendo l'intervento di chi poteva ricorrere in via principale contro la decisione ministeriale che aveva rigettato la sua domanda e si è limitato ad intervenire per chiedere l'accoglimento del ricorso principale presentato da un suo collega impiegato, al quale era stata rigettata identica domanda per identico motivo".

[31] Sul punto cfr. A. Tigano, *Intervento nel processo-II) Diritto processuale amministrativo*, in *Encicl. giur.*, Roma, 1988, vol. XIX, 3.

[32] L'intervento *ad adiuvandum* di per sé non è innovativo: il terzo, difatti, pur proponendo una domanda propria, si limita, con essa a chiedere l'accoglimento di una domanda altrui senza agire per la tutela di una propria situazione sostanziale e senza un ampliamento del thema decidendum. Egli si limita ad interloquire nella lite tra altri già pendente, prestando la propria adesione alla domanda o all'eccezione di una delle parti: sul punto cfr., nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ., Sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25135, in *Ilprocessocivile.it*, 8 settembre 2016, con nota di R. Nardone, *Intervento adesivo del terzo introdotto con la sottoscrizione dell'atto di citazione*.

[33] Con riferimento all'intervento *ad opponendum*, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso, ad esempio, l'intervento in giudizio del funzionario tecnico di un'Amministrazione comunale: così T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 25 agosto 2017, n. 1423, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 103 ss., con nota di F. Ielo, *L'intervento adesivo dipendente nel processo amministrativo*.

[34] Sul tema cfr. M. D'Orsogna, F. Figorilli, *Lo svolgimento del processo di primo grado, La fase introduttiva*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013, 319 ss.

[35] Così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 ottobre 2012, n. 2450, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3045.

[36] Cons. Stato, Sez. VI, 21 giugno 2012, n. 3647, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1445, in *Foro amm. CdS*, 2011, 902; Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3928, in *Foro amm.*, 2000, 2617; da ultimo, in questo senso, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2020, n. 4134, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Trento, Sez. I, 28 luglio 2020, n. 126, in *Foro amm.*, 2020, 1497.

[37] Sul concetto di parte nel processo amministrativo cfr. F. Benvenuti, *Parte nel processo (diritto amministrativo)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1981, vol. XXXI, 962 ss., ora in *Scritti giuridici*, Vita e pensiero, Milano, 2006, vol. IV, 3625 ss.

[38] Cons. Stato, Sez. IV, 7 ottobre 1992, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it.

[39] Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7293, in www.giustizia-amministrativa.it.

[40] Così Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853, in *Foro amm.*, 2016, 302.

[41] T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 20 aprile 2016, n. 237, in *Foro amm.*, 2016, 1060 (s.m.).

[42] In tal senso T.A.R. Lazio, Roma, 2 dicembre 2013, n. 10329, in *Foro amm. TAR*, 2013, 3726; secondo M. Corradino, S. Sticchi Damiani, *Il processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, 260, "è confermato, anche nella vigenza del Codice, l'orientamento giurisprudenziale in base al quale non è ammissibile nel processo amministrativo l'intervento adesivo autonomo, ma solo l'intervento adesivo dipendente, essendo insegnamento costante della giurisprudenza quello secondo il quale il soggetto direttamente ed immediatamente leso da un provvedimento ha l'onere di impugnarlo tempestivamente, non essendo configurabile la c.d. figura del cointeressato del ricorrente, il quale non può neppure partecipare al giudizio in veste di interveniente adesivo dipendente".

[43] Così Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro amm.*, 2020, 722 ss.

[44] Per un approfondimento del principio enunciato dalla norma costituzionale si rinvia a M. D'Amico, G. Arconzo, *Art. 25*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet 2006, 526 ss.; M. Nobili, *Art. 25 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, 135 ss.; V. Andrioli, *La precostituzione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 325 ss.; E.T. Liebman, *Giudice naturale e costituzione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 331 ss.

[45] In senso analogo già Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23, in *Foro amm.*, 2016, 2628.

[46] *Contra*, T.A.R. Liguria, Sez. I, 1° giugno 2012, n. 754, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1888 (s.m.), che conclude per l'inammissibilità nel giudizio amministrativo dell'intervento principale; in realtà, se ben si legge la motivazione del giudice ligure, la conclusione è più sfumata e sembra ammettere la possibilità di esperire l'intervento principale quanto meno nei casi di giurisdizione esclusiva ove vengano in rilievo diritti soggettivi, posto che "il silenzio della norma (gli artt. 28 e 50, n.d.a.) non consente di ammettere un intervento principale nella giurisdizione generale di legittimità o in quella esclusiva quando si faccia questione di interessi legittimi. Invero l'intervento principale in questi casi si risolve nell'impugnativa dello stesso atto già oggetto di giudizio da parte di altro soggetto per ragioni diverse e quindi con motivi diversi. Tale evenienza non è ammissibile. Infatti, a prescindere dal rispetto dei termini di impugnativa (che potrebbero essere comunque rispettati), l'azione impugnatoria può essere esercitata solo mediante la proposizione di ricorso (principale o incidentale) e con gli accessivi motivi aggiunti e non mediante l'intervento. E ciò in quanto l'oggetto della causa, che risulta non solo dal provvedimento impugnato ma anche dai motivi dedotti, non può essere ampliato se non attraverso gli strumenti a ciò preposti. Ma se l'oggetto della causa (il petitum) non può essere ampliato se non dal ricorrente stesso o dal controinteressato mediante ricorso incidentale, è evidente che l'intervento (depurato della sua valenza impugnatoria) si risolve nella mera esplicitazione di ragioni in favore del ricorrente e quindi in sostanza in un intervento ad adiuvandum. Tale intervento, tuttavia, sarà ammissibile solo quando adduca ragioni a sostegno di una delle parti e non quando le contrasti entrambe". Tra le righe della sentenza, pertanto, si scorge la possibilità di configurare un intervento principale quando il giudizio non si configuri nella sua tradizionale veste impugnatoria, e quindi principalmente nei casi di giurisdizione esclusiva cui siano sottese questioni di diritto soggettivo: non è difatti immaginabile che si attribuisca al giudice amministrativo la stessa cognizione del giudice civile e contestualmente non si offrano alle parti gli stessi strumenti processuali a tutela dei propri diritti.

[47] In linea generale, secondo I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in G.D. Comporti (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, Firenze University Press, 2016, 85, il concetto di effettività deve valorizzare il principio chiovendiano, "in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva tutto quello e proprio quello che il diritto sostanziale riconosce"; l'affermazione del principio è di G. Chiovenda, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1930, Vol. I, 101 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1923, ora in *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1965, 81, secondo cui "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire". C.E. Gallo, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 73 ss., nell'affermare che la giustizia amministrativa non può essere qualificata come servizio pubblico ma come funzione, ricorda che il sindacato prestato dal plesso giurisdizionale T.A.R. – Consiglio di Stato deve essere pieno e completo sull'attività dell'amministrazione: in questo senso occorre leggere l'effettività della tutela nell'ambito del processo amministrativo; in merito cfr. altresì le osservazioni di M.A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 ss.

[48] S. Foà, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, Jovene Editore, 2012, 74 ss.; così anche R. Giovagnoli, *Il ricorso incidentale*, in R. Giovagnoli, M. Fratini, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti*, Milano, Giuffrè, 2008; sul punto cfr. I.M. Marino, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, in V. Parisio, A. Perini (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano, Giuffrè, 2002, 9 ss., ora in *Scritti giuridici*, a cura di A. Barone, Napoli, Esi, 2015, 996, secondo cui "una giurisdizione paritaria non può che essere quella dell'autorità giudiziaria ordinaria oppure una nuova giurisdizione amministrativa: quella esclusiva, che salvi il giudice amministrativo dall'essere travolto dall'evoluzione dell'ordinamento giuridico (sostanziale), che lo tiri fuori dalla giurisdizione sull'atto e lo affranchi dalla trappola delle situazioni giuridiche"; secondo A. Police, *Il cumulo di domande nei "riti speciali" e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1197 ss., "se le previsioni del legislatore recente in tema di giurisdizione esclusiva consentono di superare anche le più serie ed autorevoli obiezioni alla teorica che ravvisa l'oggetto del processo amministrativo nel rapporto nel quale si iscrivono le situazioni a cui afferiscono gli interessi in contrasto, se ne deve concludere che anche tale ricostruzione dell'oggetto del giudizio può essere validamente impiegata nel nostro sforzo ricostruttivo della nuova giurisdizione amministrativa e dei suoi caratteri. Si può dire forse di più, sembra quasi che il legislatore abbia conformato la giurisdizione piena del giudice amministrativo proprio per dare attualità e concretezza a quel modello processuale di giustizia amministrativa paritaria ed effettiva il cui avvento era da tempo auspicato in dottrina"; sul carattere paritario del processo amministrativo cfr. V. Domenichelli, *Per un processo amministrativo paritario*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 415 ss.

[49] Concorde è l'opinione di E. Picozza, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2016, 213 ss., secondo cui una spinta all'applicazione di tutti i tipi di intervento è venuta, da un lato, dalla disciplina sostanziale del procedimento amministrativo che, sulla scorta della posizione dottrinale di Giannini, ha disciplinato forma e sostanza del procedimento, prescrivendo i diritti dei soggetti interventori titolari di situazioni pubbliche, private, collettive e diffuse, e, dall'altro, dal diritto internazionale e comunitario, ma anche da quello costituzionale interno, che pretendono oramai che il rapporto tra Amministrazione e cittadini sia configurato come un vero e proprio rapporto giuridico sostanziale, tendenzialmente paritario, almeno quanto a garanzie procedurali e processuali; in senso conforme, inoltre, L. Coraggio, *L'intervento nel codice del processo amministrativo*, in *Giurisd. amm.*, 2011, IV, 304, a giudizio del quale in sede di giurisdizione esclusiva ed in materia di diritti soggettivi dovrebbero ritenersi ammissibili tutti i tipi di intervento previsti dal codice di procedura civile; così anche L. Ieva, *Soggetti e parti del processo amministrativo*, in R. Giovagnoli, L. Ieva, G. Pesce (a cura di), *Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, Giuffrè, 2005, 276.

[50] Proprio della natura del giudizio amministrativo di legittimità: così F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1997, 118 ss., secondo cui "nell'interpretazione che per un secolo se ne è data, l'idea del processo amministrativo come giudizio su atti ha

condotto al paradossale risultato di frantumare il giudizio sull'atto, che esprime la definitiva volontà dell'amministrazione, in una sorta di somma di giudizi sui singoli atti del procedimento, effettivamente impugnati"; è necessario però ricordare la posizione di R. Villata, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 897 ss., ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 437 e Id., *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, Giuffrè, 1982, vol. I, 707 ss., ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., 576 ss., che ritiene non configurabile il giudizio amministrativo come un giudizio su un rapporto, a differenza del processo civile, perché "le parti non sono in posizione di equiordinazione, avendo una di esse infatti il potere di disporre del bene; la norma non detta la disciplina per determinare la pertinenza del bene, ma regola le condizioni di esercizio del potere spettante alla parte in posizione di supremazia: al giudice, dunque, non spetta di assegnare il bene all'una o all'altra parte, ma di verificare che una di esse eserciti in modo corretto il potere, che l'ordinamento lo riconosce, di disporre di quel bene".

[51] Sul rapporto amministrativo si rinvia agli studi di G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980; Id., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 585 ss.; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

[52] Concorde è la posizione di A. Bartolini, *Art. 28-Intervento*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 377 ss., secondo cui l'apertura del processo amministrativo alle varie tipologie di intervento volontario è sicuramente da accogliere con favore, poiché, "oltre ad essere in linea con le novità contenute nel c.p.a., rappresentano un adeguamento ai mutamenti di ordine sostanziale e processuale verificatisi negli ultimi anni. Difatti, la considerazione secondo cui non è logicamente pensabile che nel processo amministrativo vi sia una parte che vanti una situazione in contrasto sia con l'amministrazione resistente che con il privato ricorrente, risulta essere ancorata ad una visione dei rapporti sostanziali incentrata su uno schema bilatero e ad una concezione dell'oggetto del processo amministrativo di carattere pattizio"; concorde è anche l'opinione di V. Domenichelli, *Le parti del processo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, Tomo V, 4340, secondo cui nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva, "ove possono essere portate alla cognizione del giudice controversie riguardanti il rapporto prescindendo dall'impugnazione di un atto, si possono ipotizzare anche l'intervento principale, litisconsortile e adesivo".

[53] Per un'approfondita ricostruzione dell'istituto nel processo amministrativo si rinvia a W. Troise Mangoni, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004.

[54] G. Della Pietra, *Opposizione di terzo: lo stato dell'arte*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1093, definisce l'opposizione di terzo come il più fluido tra i mezzi di impugnazione; ed invero, "è un'impugnazione, certo, ma non è data alla parte, e di regola non presume un vizio della sentenza. Postula un pregiudizio, d'accordo, ma - giocoforza, per le ragioni appena dette - non la soccombenza. È offerta al terzo, genericamente, per cui nebuloso resta il novero degli effettivi legittimati. È straordinaria, come talora la revocazione, ma nella versione standard è svincolata da ogni termine. Ha effetto demolitivo, le più volte, ma può anche spingersi a soppiantare nel merito la sentenza impugnata. Ha capacità sostitutiva, dunque, ma non è detto che non possa arrestarsi a una mera declaratoria d'opponibilità della decisione al terzo".

[55] Corte cost., 17 maggio 1995, n. 177, in *Foro it.*, 1996, I, 3318; in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 889, con nota di A. Baldanza, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo*; in *Giur. it.*, 1995, I, 504 ss., con note di C. Cecchella, *L'opposizione di terzo nella giustizia amministrativa*, e di A. Police, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo*; in *Giur. cost.*, 1995, 1429 ss., con nota di N. Seminara, *L'istituto dell'opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo*; in *Giur. cost.*, 1995, 3769, con nota di D. Corletto, *Opposizione di terzo e principio del contraddittorio nel processo amministrativo*; in *Dir. proc. amm.*, 1996, 294 ss., con nota di F. Lorenzotti, *La Corte costituzionale introduce l'opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo*; sull'apertura del giudizio amministrativo all'opposizione di terzo e, di conseguenza, alle varie tipologie di intervento previste nel nostro ordinamento cfr. M. Occhiena, *Controinteressato, intervento ad opponendum e opposizione di terzo: il processo amministrativo tra declamazione e applicazione*, commento a Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 1993, n. 275, in *Giur. it.*, 1993, 12 ss., che evidenzia come ciò sia derivato dal progressivo abbandono delle posizioni che delineavano il processo amministrativo come mero processo su un atto, nella sua tipica configurazione impugnatoria, dovendosi dare il giusto spazio ai rapporti ed alle situazioni di interesse sottese all'atto medesimo; sul punto già M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1966, 40 ss., affermava che oggetto dell'accertamento giudiziale è il rapporto amministrativo e non tanto l'atto impugnato, dal momento che l'azione davanti al giudice è esercizio di un potere strumentale compreso nell'interesse legittimo; sulla tutela dei terzi e sul ruolo dell'opposizione di terzo cfr. W. Troise Mangoni, *Controinteressato e opposizione di terzo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 656 ss., commento a T.A.R. Veneto, Sez. I, 11 aprile 1996, n. 629; secondo l'Autore, un'eventuale prospettiva che qualificasse l'opposizione di terzo come strumento ordinario di tutela dei terzi non solo non garantirebbe in modo pieno il rispetto del principio del contraddittorio, "ma determinerebbe effetti decisamente non desiderabili sull'intero sistema della giustizia amministrativa", in quanto la proposizione di tale strumento di impugnazione diverrebbe la regola (e non l'eccezione come nel processo civile), con effetti dirompenti sul fondamentale valore della certezza dei rapporti giuridici così come definiti da una sentenza definitiva; ne consegue che all'opposizione di terzo deve essere assegnata "una funzione di chiusura del sistema, che garantisca la tutela dei terzi ove non siano intervenuti gli strumenti ordinari relativi alla corretta instaurazione del contraddittorio".

[56] La presenza nell'ordinamento dell'opposizione di terzo comporta la necessità di ripensare la teoria dell'intervento nel processo: così F. Pugliese, *L'opposizione di terzo. Riflessi sul processo e sulla funzione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 539, che qualifica tale rimedio come "necessario (perché indefettibile), residuale (perché non su di esso si scaricano le ragioni di tutela delle parti, ma perché ad esso si perviene solo in funzione di chiusura dell'ordinamento processuale e perché a causa di esso si rilegge diversamente il processo),

eventuale (perché evitabile con soluzioni soddisfattorie alternative, in sede di esecuzione: e solo in questo senso facoltativo), ordinario (non potendosi considerare un rimedio extra ordinem, per la sua stessa natura e per il fatto che non può non essere - dotato com'è di *asseitas*).

[57] Per un'ampia trattazione della questione si permetta il rinvio a M. Ricciardo Calderaro, *L'intervento nel processo amministrativo: antichi problemi e nuove prospettive dopo il Codice del 2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 336 ss.

[58] R. Dickmann, M. Iannaccone, *Osservazioni sull'intervento nel processo amministrativo*, in *Riv. Corte conti*, 1992, 6, 293 ss., concordano sull'ammissibilità di tutte le tipologie di intervento volontario in sede di giurisdizione esclusiva: "verrebbe infatti meno la pregiudiziale affermazione della regola della decadenza nei rigorosi termini cui essa è soggetta per la giurisdizione di annullamento, e in un certo senso verrebbe anche meno la severa considerazione delle parti del processo amministrativo come ruoli formalmente precostituiti dalla legge e come tali non modificabili (...). Questa osservazione sarebbe infatti dettata dall'esigenza di assicurare che la tutela giurisdizionale dei diritti davanti al giudice amministrativo sia dotata della medesima effettività, peraltro costituzionalmente garantita, che deriverebbe dall'applicazione degli strumenti processuali azionabili davanti al giudice civile".

[59] Ed infatti, "incentivare l'intervento in giudizio dei soggetti che possano essere in qualche modo interessati serve a ridurre, per quanto possibile, il rischio di postume contestazioni del *decisum* attraverso la proposizione dell'opposizione di terzo": così G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, Maggioli Editore, 2016, 152; sulla tutela dei terzi cfr. inoltre L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Torino, Giappichelli, 2005, 1 ss.; in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2015, n. 1778, in *Foro amm.*, 2015, 1097 ss., ha affermato che l'intervento in appello può costituire, anche nel sistema del processo amministrativo, una sorta di opposizione di terzo anticipata.

[60] Così C. Mandrioli, A. Carratta, *op. cit.*, vol. I, 458; con riferimento al processo amministrativo cfr. F. Lorenzotti, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo davanti alla Corte Costituzionale*, commento a Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 1994, n. 615 (che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 nella parte in cui non prevedeva l'applicabilità anche nel processo amministrativo dell'opposizione di terzo *ex art.* 404, co. 1, cod. proc. civ.), in *Dir. proc. amm.*, 1995, 131 ss., che evidenzia come sia il principio del contraddittorio di cui all'art. 24 Cost. sia il principio di economia processuale "esigono che l'oppositore di terzo abbia avuto in precedenza la possibilità di intervenire volontariamente o di essere chiamato nel processo"; aggiunge, peraltro, che "la pura e semplice importazione dell'opposizione ordinaria di terzo introdurrebbe una notevole contraddizione nel sistema, mancando un rapporto di identità tra la situazione di chi può limitare o travolgere gli effetti del giudicato con l'opposizione ordinaria e chi è ammesso ad intervenire o è chiamato ad integrare necessariamente il contraddittorio nei precedenti gradi del processo".

[61] Concorde con quanto sostenuto nel testo è l'opinione di F.M. Tropiano, *Le parti e i difensori*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 310, secondo cui nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deve ritenersi ammissibile "qualsiasi tipo di intervento (autonomo, litisconsortile, adesivo dipendente), atteso che trattasi di un giudizio su un rapporto nel quale si tende ad ottenere l'accertamento dello stesso ovvero la condanna della P.A., anche in considerazione del fatto che non esistono termini decadenziali"; in tal senso, in giurisprudenza, cfr. anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253, in *Foro amm.* TAR, 2009, 325 ss., con nota di N. Bassi, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio*; secondo il T.A.R. di Milano, l'intervento litisconsortile deve essere ammesso nel processo amministrativo di giurisdizione esclusiva, in quanto "tale processo vertendo in tema di diritti soggettivi (tanto più nella fattispecie qui in esame dove la cognizione del giudice ha espressamente ad oggetto la formazione, la conclusione e l'esecuzione dell'accordo) si svolge infatti (...) secondo un modello del tutto analogo a quello proprio del processo civile e nel quale possono essere fatte valere azioni di accertamento, costitutive e di condanna, il che rende perfettamente applicabile l'art. 105 c.p.c. in tutte le sue specificazioni".

[62] Per una ricostruzione si rinvia a D. Corletto, *Opposizione nel diritto processuale amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1999, vol. XIV, 563 ss.

[63] Cons. Stato, IV Sez., 9 giugno 1892, n. 172, in *GA*, 1892, I, 313, ha ritenuto che l'opposizione di terzo sia "rimedio che la legge, ispirandosi più agli interessi pubblici che ai meri privati, non ha creduto di ammettere dinanzi la IV sezione"; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 1895, n. 12, in *GA*, 1895, I, 24.

[64] Cfr., per una ricostruzione, C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020, 367.

[65] Posizione autorevolmente sostenuta da E. Cannada Bartoli, *In tema di controinteressato pretermesso*, in *Giur. it.*, 1990, III, 1, 186 ss.; cfr. inoltre Id., la voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, Utet, Vol. XIII, 1966, 1083 ss.

[66] M. Nigro, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 249 ss.

[67] Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale verso una nozione sostanziale di controinteressato si veda F. Pugliese, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, Esi, 1989, 161 ss.; più di recente cfr. lo studio di P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo: tra procedimento e processo*, Torino, Giappichelli, 2018.

[68] Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 1981, n. 502, in *Foro amm.*, 1981, 1982 ss., in cui si afferma che nel giudizio amministrativo “... manca la figura del terzo legittimato a proporre opposizione ai sensi dell'art. 404 c.p.c. sicchè qualunque «interessato», che non sia anche parte necessaria del processo, deve essere messo in grado di far valere le sue ragioni mediante intervento nel giudizio, tra altre parti pendente, che possa pregiudicare in linea di fatto la sua posizione soggettiva. Né vi è ragione, se l'intervento avviene allo stato della causa, e cioè senza pregiudizio del diritto di difesa delle altre parti, di escludere l'intervento medesimo in grado di appello”.

[69] Che si distingue da quella revocatoria di cui all'art. 404, co. 2, cod. proc. civ., secondo cui “gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando è l'effetto di dolo o collusione a loro danno”: sul punto cfr. G. Olivieri, *Opposizione di terzo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, Utet, 1995, vol. XIII, 116 ss. Sull'opposizione di terzo ordinaria si rimanda al tradizionale studio di A. Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, Jovene, 1965.

[70] Esigenza già avvertita da E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935, 1 ss.

[71] In tema cfr. A. Travi, *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1997, III, 21 ss.

[72] Ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 16 maggio 2018, n. 2895, in www.giustizia-amministrativa.it.

[73] Così già evidenziava prima del Codice Cons. Stato, Ad. Plen., 11 gennaio 2007, n. 2, in *Foro amm. CdS*, 2007, 464 e 834 ss., con note di A. Bertoldini, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'intervento in appello ex art. 344, c.p.c. e la legittimazione all'opposizione di terzo* e di A.L. Tarasco, *Il contraddittorio degli interessi dei consumatori nel giudizio amministrativo: profili problematici dell'impugnazione dei controinteressati sostanziali*. L'Adunanza Plenaria, in questo caso, ha giudicato inammissibile l'opposizione di terzo avverso la sentenza del Tar che annulli una delibera dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, avanzata da un soggetto privato nella sua qualità di utente consumatore di gas, qualora l'opponente non abbia fornito alcun elemento particolare o titolo di differenziazione che lo legittimi ad una specifica contestazione in sede giudiziale della sentenza di primo grado, specie laddove questa abbia riguardato determinazioni dell'autorità in ordine alle attività svolte dalle imprese del settore, da cui il singolo utente possa trarne un eventuale vantaggio soltanto in via riflessa ed indiretta.

[74] Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451, in *Foro amm. CdS*, 2013, 3012 ss.

[75] Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2017, n. 5550, in www.giustizia-amministrativa.it.

[76] Che ha eliminato il problematico inciso “titolare di una posizione autonoma e incompatibile”.

[77] Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2390, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1330 ss.

[78] Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6014, in *Foro amm. CdS*, 2013, 3363 ss.

[79] In tema cfr. C.E. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280 ss.

[80] Sul giudicato amministrativo la letteratura è ampia: tra gli studi monografici si segnalano, *ex multis*, S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005; P.M. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo: profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989. Cfr., inoltre, F. Francario, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e leggi interpretative*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 277 ss.

[81] Da ultimo si rinvia a Cons. Stato, Sez. II, 20 ottobre 2020, n. 6318; Cons. Stato, Sez. II, 18 settembre 2020, n. 5472, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it, che hanno osservato che, “con riferimento poi ai provvedimenti in materia edilizia, è stata esclusa la sussistenza di controinteressati nel caso di impugnazione di un diniego di permesso di costruire, anche in sanatoria, atteso che la qualifica di controinteressato va riconosciuta non già a chi abbia un interesse anche legittimo, a mantenere in vita il provvedimento impugnato (e tanto meno a che ne subisca conseguenze soltanto indirette o riflesse), ma solo a chi dal provvedimento stesso riceva un vantaggio diretto ed immediato, ossia un positivo ampliamento della propria sfera giuridica”.

[82] Ed infatti, secondo Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2020, n. 5164, in www.giustizia-amministrativa.it, rispetto al provvedimento di esclusione di un concorrente da una procedura di gara, adottato prima che sia intervenuta l'aggiudicazione dell'appalto, non sussistono controinteressati ai quali il ricorso debba essere notificato a pena di inammissibilità, anche in ragione del fatto che l'unico interesse tutelabile degli operatori concorrenti è quello all'aggiudicazione dell'appalto sul quale l'eventuale riammissione di uno di essi non ha incidenza determinante.

[83] Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5817, in www.giustizia-amministrativa.it.

[84] C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2020, 347 ss., osserva come “nella realtà la mancanza di un’azione di accertamento come azione autonoma non si avverte perché il giudice amministrativo è riuscito ad articolare in modo compiuto l’azione di condanna, anche quale azione di condanna pubblicistica, giungendo così sostanzialmente a coprire anche quello spazio che poteva essere coperto da un’azione di accertamento”.

[85] Per questo tipo di giudizio si rinvia a A. Scognamiglio, *Rito speciale per l’accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 450 ss.; M. Ramajoli, *Forma e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 709 ss.; E. Sticchi Damiani, *Il giudizio del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1 ss.; per la disciplina antecedente al Codice si rinvia a F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 239 ss.; A. Travi, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, III, 227 ss.

[86] Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6014, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2390

[87] Cfr. per questa posizione, già prima del Codice, Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 230, in *Foro amm. CdS*, 2008, 162 ss.

[88] Si v. in dottrina, in termini generali, F.P. Luiso, *Opposizione di terzo*, in *Encicl. giur.*, Roma, 1990, vol. XXI, 1 ss.; C.A. Nicoletti, *Opposizione di terzo*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. XXX, 481 ss.

[89] Da ultimo, Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, sez. giurisd., 3 agosto 2020, n. 699, in *Dir. e Giust.*, 5 agosto.

[90] Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 31 maggio 2010, n. 1833, in *Foro amm. CdS*, 2010, 580;

[91] Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2008, n. 3812, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2153.

[92] Così Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6702, in *Foro amm. CdS*, 2011, 3708; ma già in questo senso Cons. Stato, Ad. Plen., 10 maggio 2011, n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it, con riferimento alla legittimazione ad intervenire nel giudizio di appello di un’associazione iscritta nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati, in quanto titolare di un interesse di fatto ad una pronuncia giurisdizionalmente favorevole alla categoria dei propri soci.

[93] Per un’esauriva trattazione dell’intervento in grado di appello si rimanda a S. Perongini, *Le impugnazioni in generale*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 818 ss., che sottolinea come, in astratto, “nel processo amministrativo possono esperirsi tutte le forme di intervento volontario, indipendentemente dal fatto che si sia in presenza di casi appartenenti alla giurisdizione di legittimità, a quella di merito o a quella esclusiva. In concreto, tuttavia, le forme di intervento esperibili sono condizionate dalla sussistenza di connessione fra la posizione giuridica soggettiva posta a fondamento dell’intervento e quelle che appartengono già al processo”; cfr., inoltre, S. Oggianu, *Intervento nel giudizio di impugnazione*, in E. Picozza (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 165 ss.; nonché N. Paolantonio, *Commento all’art. 97*, in G. Leone, L. Maruotti, C. Saltelli (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2010, 705 ss.; in giurisprudenza si cfr. l’interessante orientamento di Cons. Stato, Sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5985, in *Foro amm.*, 2019, 1244, secondo cui l’intervento *ad opponendum* nel secondo grado di giudizio, rispetto all’appello dell’amministrazione o del controinteressato, è esattamente speculare ad un non consentito intervento *ad adiuvandum* in primo grado per il soggetto titolare di posizione autonoma.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1543 - 12 febbraio 2021

Interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319)

di Renato Rolli e Martina Maggiolini

Sommario: 1. Premessa: la vicenda contenziosa - 2. Sul rapporto tra interdittiva e controllo giudiziario- 3. Considerazioni conclusive

1. Premessa: la vicenda contenziosa

La natura composita, e per certi versi ambigua, delle informative antimafia impone una costante attenzione della dottrina e della giurisprudenza, in quanto ogni intervento in materia, aggiunge una tessera al complesso mosaico che compone l'interdittiva medesima [1].

Da ultimo la pronuncia del Consiglio di Stato n. 319 del 2021, che qui si annota, chiarisce un particolare aspetto del procedimento prefettizio levigando questioni fondamentali alla determinazione dei confini e dei limiti del provvedimento interdittivo [2].

I Giudici di Palazzo Spada hanno reso la sentenza in oggetto, sulla riforma della pronuncia del Tar Campania che aveva rigettato tre distinti ricorsi e i relativi motivi aggiunti, proposti contro le informative prefettizie relative alla sussistenza delle “situazioni di cui all'art. 84, comma 4 e all'art. 91, comma 6 del D.Lgs. 6/9/2011 n° 159 e s.m.i.”, nonché contro i provvedimenti che, di conseguenza, hanno determinato la revoca o la risoluzione dei rapporti negoziali a valle [3].

Anche in appello, avverso la suddetta pronuncia, venivano proposti tre distinti ricorsi dalle società destinatarie dei provvedimenti prefettizi. Con ordinanze collegiali i giudizi venivano

sospesi fino al decorso del termine di efficacia del controllo giudiziario ex art. 34-bis, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011 disposto dall' autorità giudiziaria competente [4].

Le società appellanti, all'esito del periodo di controllo giudiziario e dunque a seguito della cessazione della causa di sospensione, depositavano: istanze di fissazione di udienza, i provvedimenti con cui venivano successivamente iscritte nella c.d. white list, la sentenza di assoluzione del socio del 23 marzo 2020 ed i provvedimenti conclusivi della procedura di controllo giudiziario.

Preliminarmente i ricorsi in appello venivano riuniti, in quanto relativi alla medesima sentenza e poiché connessi, in quanto le tre società appellanti sono società di progetto per la realizzazione di specifiche opere che venivano attinte da informativa antimafia, a seguito dell'adozione di analogo provvedimento nei confronti della predetta s.p.a.

Le società appellanti sono tre società di progetto partecipate dalla "società madre" che, fino all'11 gennaio 2018, avevano come amministratore unico il socio che deteneva il 30% della capogruppo. Con i ricorsi di primo grado venivano dedotti sia motivi inerenti l'illegittimità, a monte dell'interdittiva adottata, sia con motivi autonomi, a loro volta concernenti l'alterità soggettiva di ciascuna società rispetto alla "società madre" e la pretesa autonomia oggettiva di ciascuna società di progetto.

Con la censura comune che qui più interessa, le appellanti contestano la sentenza gravata in relazione alla valutazione dell'automatica refluenza, sulle rispettive realtà aziendali, del pericolo di infiltrazione desunto dal collegamento societario con la società madre, sostenendo che la Prefettura di Caserta avrebbe dovuto dimostrare, mediante elementi concreti e non mere supposizioni, la perdurante influenza dell'ex amministratore sulle politiche ovvero sulle sorti delle aziende, e quindi la fittizietà ovvero il mero fine elusivo del suo allontanamento dall'azienda.

Invero, le ragioni delle appellanti (per cui in seguito all'arresto del socio non vi sarebbe stato alcun pericolo di infiltrazione mafiosa in ragione dell'abbandono da parte del predetto delle cariche sociali) non possono essere accolte per la rilevanza dei rapporti intrattenuti con lo stesso. È peraltro evidente che il detto arresto, e la sua sostituzione nelle cariche sociali, non ha operato una censura sul piano personale e familiare fra l'ex amministratore e le strutture aziendali interessate, ma risulta anzi una sorta di continuità che non legittima l'affermazione di una reale separazione delle fasi gestionali.

Nondimeno appare dirimente l'infondatezza della censura in esame, sul piano dei rapporti e dei collegamenti fra la capogruppo da un lato e le odierne appellanti dall'altro. L'alterità soggettiva, da queste affermata, è in realtà solo formale, perché nel caso delle società di progetto la connessione è molto più intensa, dal momento che la società viene costituita per il singolo affare quale mero strumento operativo della dante causa, totalmente dipendente al singolo affare della società "madre".

Ragion per cui è necessario sottolineare che la società di progetto è subentrata automaticamente nel rapporto già facente capo all'aggiudicataria, sostituendola in tutti i rapporti con l'amministrazione utilizzatrice. Dunque il soggetto giuridico, pur se formalmente distinto, è sostanzialmente il medesimo ovvero il reale centro di imputazione degli interessi afferenti la vicenda negoziale.

In conclusione, le tre società appellanti hanno prodotto in giudizio i provvedimenti conclusivi del controllo giudiziario, nei quali viene accertata l'inesistenza, a quella data, di un rischio infiltrativo attuale. È chiaro però che dagli elementi rilevati in tale sede non è possibile inferire un giudizio prognostico diverso da quello contenuto nei provvedimenti interdittivi impugnati.

Del resto, posto che dal provvedimento favorevole, emanato all'esito del periodo di controllo giudiziario, che afferma l'inesistenza, a quella data, di elementi che possano far desumere l'esistenza di un rischio infiltrativo attuale, non può desumersi l'illegittimità dell'informativa antimafia resa in precedenza, il Consiglio di Stato riunendo i ricorsi li rigetta.

2. Sul rapporto tra interdittiva e controllo giudiziario

Come chiarito dal Collegio, dedurre dai provvedimenti favorevoli dell'autorità giudiziaria, emanati alla conclusione del periodo di controllo ex art. 34-bis, l'illegittimità dell'informativa resa in precedenza comporterebbe una violazione del perimetro normativo di riferimento [5].

La valutazione del giudice della prevenzione penale circa l'assenza di elementi che possano rilevare un contatto attuale dell'impresa a condizionamenti illeciti attiene ad un profilo diverso ed ulteriore rispetto alla ricognizione fondata sul principio del "più probabile che non" [6] su cui trova fondamento il provvedimento prefettizio.

Orbene sindacare la legittimità dell'interdittiva sulla base delle risultanze del successivo controllo giudiziario, finalizzato proprio ad un'amministrazione dell'impresa immune da probabili infiltrazioni criminali, appare scelta assai viziata e priva di una logica giuridica. In primo luogo gli elementi fattuali considerati nelle due diverse sedi sono differenti o comunque *postposti*; in secondo luogo è diversa la prospettiva d'indagine, *id est* l'individuazione dei parametri di accertamento e di valutazione dei legami con la criminalità organizzata [7].

Il giudice della prevenzione penale nella sua valutazione, infatti, si riferisce ad un controllo successivo all'adozione dell'interdittiva e dunque relativo a vicende sopravvenute rispetto alla determinazione prefettizia. Ed è la medesima ragione per cui non rilevano, in senso opposto, i provvedimenti prefettizi con cui è stata disposta l'iscrizione delle società appellanti nella white list [8].

Difatti il Collegio nel caso de quo è lapidario nel sostenere che se il giudice penale, in sede di cognizione piena, non ha ritenuto gli elementi di prova raccolti "elementi certi" per affermare la responsabilità a titolo di contiguità compiacente rilevante in termini di concorso esterno[9], ciò non comporta *sic et simpliciter* la conseguente non rilevanza dell'attività ai fini del provvedimento prefettizio che si fonda non su una piena dimostrazione bensì sul più ampio principio del "più probabile che non" che risulta nel caso de quo pienamente soddisfatto dato il complesso quadro indiziario[10].

Dunque, se la valutazione del Tribunale della prevenzione non vincola il giudice amministrativo chiamato a valutare la legittimità dell'informazione prefettizia, in egual modo la pronuncia di quest'ultimo non vincola il giudice penale che è chiamato a vagliare la natura occasionale ovvero stabile del pericolo di condizionamento, come stabilito dall'art. 34 bis

comma 1, del d.lgs 159/2011, senza poter tuttavia mettere in discussione i presupposti del provvedimento interdittivo [11].

Dunque, il rapporto di reciproca autonomia tra gli ambiti di valutazione del Tribunale della prevenzione e del giudice amministrativo dovrebbe indurre a ritenere che il primo possa ammettere la misura del controllo giudiziario richiesto dall'impresa interessata in tutti i casi in cui gli elementi vagliati raggiungano la predetta occasionalità nonché ove si attestino ad un livello inferiore rispetto al valore-soglia. Per tale ragione al Tribunale della prevenzione è preclusa, invece, la facoltà di estendere il proprio ambito valutativo alla delibazione degli stessi presupposti per l'adozione del provvedimento prefettizio che è invece riservata al Giudice Amministrativo [12].

3. Considerazioni conclusive

Risulta allora evidente, a chiusa delle considerazioni sin qui svolte, come la valutazione del giudice della prevenzione penale circa l'assenza di elementi che lascino supporre una disponibilità attuale dell'impresa a condizionamenti illeciti[13] attiene ad un profilo diverso ed ulteriore rispetto alla ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione[14], la quale costituisce, invero, il presupposto del provvedimento prefettizio, atto che vede la sua genesi in un momento diacronicamente e cronologicamente ad esso successivo[15].

Per cui la pretesa di operare un sindacato di legittimità del provvedimento, alla luce delle risultanze del successivo controllo giudiziario[16], il cui fine ultimo e precipuo risulta essere un'amministrazione dell'impresa immune da eventuali infiltrazioni criminali, appare intervento viziato dalla molteplicità ed eterogeneità degli elementi fattuali, intrinseci ed estrinseci, che vengono in considerazione nelle due diverse sedi [17]. Ciò è avvalorato avendo ancor più riguardo alla prospettiva d'indagine, nonché all'individuazione dei parametri di accertamento e di valutazione dei legami con la criminalità organizzata [18].

Orbene, emerge come la valutazione finale del giudice della prevenzione penale si riferisca alla funzione tipica di tale istituto [19]: un controllo successivo all'adozione dell'interdittiva, avente riguardo alle sopravvenienze rispetto a tale provvedimento, per cui l'illegittimità non può certamente trovare in esso il suo fondamento [20].

[1] si rinvia a M. Mazzamuto, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, Sistema penale, fascicolo III, 2020

[2] Si consenta il rinvio a R. Rolli, L'informativa antimafia come "frontiera avanzata" (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell'8 giugno 2020), in *Questa rivista*, 3 luglio 2020

[3] G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 2., lett. d) ed e), d.lgs. n. 159/2011?* in *Riv. trim. penale contemp.*, 2017

[4] si rinvia a M. Mazzamuto, *Pagamento di imprese colpite da interdittive antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019

[5] S. MAZZARESE, A. AIELLO., *Le misure di prevenzione antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2010

[6] F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, *il diritto dell'economia*, si ritiene che in tale ipotesi la "giurisprudenza dovrebbe incaricarsi di verificare dall'interno e compiutamente la coerenza delle inferenze seguite dall'Amministrazione dell'Interno (...)". Cons. Giust. amm. reg. sic., 31 dicembre 2019, n. 1104: "la regola causale del più probabile che non integra un criterio di giudizio di tipo empirico-induttivo, che ben può essere integrato da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso) e che risente della estraneità al sistema delle informazioni antimafia da qualsiasi logica penalistica (...)"; Cons. St., Sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483; Id., 28 giugno 2017, n. 3171, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[7] M. Speciale, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, in *giustizia-amministrativa*, 2020

[8] P.M. Zerman, *Lotta alle infiltrazioni nelle imprese, vanno valutati fatti concreti*, in *ilSole24 ore*, 25 settembre 2019

[9] "Per espressa previsione normativa, il controllo giudiziario ex art. 34 bis d.lg. n. 159/2011 non costituisce un superamento dell'interdittiva ma «sospende», per la durata dello stesso, gli effetti dell'interdittiva senza eliminarli; non riabilita l'impresa ma, al contrario, presuppone la sussistenza e la permanenza del provvedimento interdittivo. Il controllo giudiziario è infatti strumento di autodepurazione dalle infiltrazioni criminali che consente all'impresa ammessa di continuare ad operare nei rapporti con la pubblica amministrazione. L'esigenza sottesa alla continuità aziendale, tuttavia, deve essere conciliata con l'interesse alla realizzazione dell'opera di pubblica rilevanza. Ciò impone, pertanto, la necessità di operare un giusto temperamento degli interessi coinvolti. Necessità che è tanto più forte ed immanente in una fattispecie, come quella in esame, in cui la procedura di gara — al momento in cui è stata prima presentata e poi accolta l'istanza per la nomina di un amministratore giudiziario — si è già conclusa con l'individuazione definitiva del nuovo aggiudicatario. In tale situazione, non vi è spazio per ipotizzare che gli effetti della sospensione di cui all'articolo 34 bis, comma 7, del d.lg. n. 159/2011, debbano (o possano) retroagire fino a travolgere gli atti legittimamente adottati dall'amministrazione quale automatica e doverosa conseguenza dell'informativa interdittiva intervenuta a carico dell'originaria aggiudicataria. Un simile effetto, oltre a non risultare coerente con la ratio del nuovo istituto, risulta altresì in contrasto con lo stesso tenore letterale dalla norma che individua un limite temporale (compreso tra uno e tre anni) di durata e collega alla misura la mera sospensione degli effetti dell'interdittiva". T.A.R. Reggio Calabria, (Calabria) sez. I, del 30 ottobre 2018, n.643

[10] Cfr. Corte costituzionale sentenza n. 57 del 2020

[11] Si consenta il rinvio a R. Rolli M. Maggiolini, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale* (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979), in questa rivista, 2020

[12] Cfr. T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, del 29 aprile 2020, n.1589

[13] Si consenta il rinvio a R. Rolli e M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale* (nota a ord.za TAR - Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732), in questa rivista, 2021

[14] "Ai fini dell'interdittiva antimafia, il giudizio relativo alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione in una società non può essere modificato dal decreto di ammissione alla misura del controllo giudiziario, previsto dall'art. 34 -bis del D.Lgs. 159/2011; il controllo giudiziario che permette la prosecuzione dell'attività imprenditoriale non ha, infatti, effetti retroattivi, né costituisce un superamento dell'interdittiva, bensì ne rappresenta una conferma della sussistenza, in quanto viene adottato un regime in cui l'iniziativa imprenditoriale può essere ripresa per ragioni di libertà di iniziativa e di garanzia dei posti di lavoro, ma in un regime limitativo di assoggettamento a un controllo straordinario giudiziario". T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, del 2 novembre 2018, n.6423

[15] v. M. Mazzamuto, *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, *Giurisprudenza italiana*, 2018

[16] "Il giudizio amministrativo che abbia ad oggetto un'interdittiva antimafia e il procedimento penale finalizzato all'ottenimento dell'applicazione del controllo giudiziario, anche se legati da un rapporto di collegamento funzionale, si pongono su piani non coincidenti i quali comportano un sindacato di tipo differente". T.A.R. Palermo, (Sicilia) sez. I, del 21 settembre 2020, n.1874

[17] v. M. Mazzamuto, *L'agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, *Diritto penale contemporaneo*, 2015

[18] M. Mazzamuto, Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento, in *Giurisprudenza italiana*, 2020

[19] F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *giustamm*, 6, 2018

[20] C. Filicetti, Self cleaning e interdittiva antimafia (nota a Cons. St., Sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945)

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1997 – 20 ottobre 2021

Il vaccino contro l'infezione mafiosa. Note in tema di interdittiva antimafia (nota a Consiglio di Stato, sez. I, parere 18 giugno 2021, n. 1060)

di Renato Rolli e Martina Maggiolini

Sommario: 1. Premessa - 2. Il criterio del “più probabile che non” e la valutazione del rischio di contagio - 3. La portata preventiva dell’interdittiva antimafia e gli elementi sintomatici - 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Nel dibattuto contesto dei provvedimenti interdittivi è da segnalare, per la sua portata chiarificatrice, il recente parere del Consiglio di Stato n. 1060 del 18 giugno 2021 sollecitato dal Ministro dell’interno in virtù del ricorso straordinario pendente dinanzi al Presidente della Repubblica [1].

La Prima sezione è stata chiamata a rendere parere, obbligatorio e vincolante, sul provvedimento interdittivo ex art 91 d.lgs. 159/2011 della Prefettura di Reggio Calabria e del contestuale diniego di iscrizione nella *white list* provinciale dell’impresa individuale ricorrente.

L’illegittimità dell’interdittiva *de qua* è fondata, secondo il ricorrente, sulla violazione degli art. 84 e 91 del d.lgs. 159/2011 nonché sull’eccesso di potere nella figura del difetto di motivazione, in quanto viene designato un quadro indiziario non idoneo a suffragare la pericolosità sociale del soggetto coinvolto e ancorata a fatti risalenti nel tempo non sufficienti ad evidenziare il legame tra gestione dell’attività imprenditoriale e il pericolo di infiltrazione mafiosa.

In particolare, sulla violazione di legge, il ricorrente lamenta l'omissione da parte dell'autorità prefettizia dell'individuazione di indizi utili a configurare la sussistenza della pericolosità sociale. Il Prefetto avrebbe preso in considerazione fatti datati e privi di alcun legame giuridicamente rilevante, misure di prevenzione annullate in appello, procedimenti penali conclusi con assoluzione con formula piena e da ultimo due controlli di polizia in cui il ricorrente veniva segnalato in compagnia di soggetti "infetti". Sulla scorta di tali elementi, non appare evidente alla difesa l'asserita interferenza di tali fatti con il rischio di contagio rilevato con il provvedimento prefettizio gravato.

Nella nota, il Ministero dell'Interno, evidenziando tra le altre motivazioni che l'attività svolta dall'impresa ricorrente ha ad oggetto sociale "*estrazione, fornitura e trasporto terra e materiali inerti, confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume*" (e dunque, rientrante tra le attività individuate dall'art. 1 comma 53 l. 190/12 (segnalate come maggiormente esposte al rischio di contagio), concludeva per l'infondatezza del ricorso.

La Prima sezione del Consiglio di Stato, investita della funzione consultiva, sostiene, nel parere in commento, che il ricorso debba essere respinto per le motivazioni che seguono.

2. Il criterio del "più probabile che non" e la valutazione del rischio di contagio

Intanto occorre rilevare come giudici di Palazzo Spada abbiano inteso esaminare congiuntamente i motivi di gravame stante la loro correlazione.

Secondo la Prima sezione, il ricorrente ha operato una scissione tra i diversi fatti che sorreggono il provvedimento prefettizio mancando una visione d'insieme, attraverso la quale, senza alcun dubbio, appare evidente il superamento della soglia del criterio del "più probabile che non" [2].

Non rileva la collocazione temporale di tali fatti data la gravità e la pluralità delle condotte [3]. Dal contatto con soggetti "infetti" è possibile, unitamente ad altri fatti indiziari, rilevare il pericolo che l'attività imprenditoriale sia esercitata in un contesto relazionale complessivamente "sintomatico di un rischio di infiltrazione della criminalità organizzata" [4].

In più, nel provvedimento interdittivo è segnalato il contenuto di alcune dichiarazioni di collaboratori di giustizia, che ritraggono il soggetto titolare di tale attività come organo di una cosca mafiosa.

Giova rammentare che seppur nel giudizio penale dette dichiarazioni non possono essere acquisite se non mediante i cd riscontri esterni (art 192.197bis e 210 cpp), in sede amministrativa, esse possono rientrare nel quadro indiziario e contribuire al vaglio fondato sul principio del "più probabile che non".

Per tutto quanto sopra, le censure poste alla base del ricorso non scalfiscono minimamente il grave quadro indiziario e il conseguente giudizio di permeabilità mafiosa manifestato dalla prefettura. Appare *ictu oculi*, mediante un giudizio complessivo dei fatti in commento che

l'attività del ricorrente sia inserita “*in un contesto di cointeressenze economico-imprenditoriali compromesso dall'infiltrazione della criminalità organizzata di tipo mafioso*” [5].

È ormai acclarato che il criterio probabilistico rispetto “l'oltre ragionevole dubbio” sia caratterizzato non da un differente procedimento logico bensì dal minore livello dimostrativo dell'interferenza logica [6]. Difatti la valutazione del giudice penale attiene ad un profilo diverso ed ulteriore rispetto alla ricognizione fondata sul principio del “più probabile che non” su cui trova fondamento invece il provvedimento prefettizio.

Per cui la regola probabilistica presuppone un giudizio a carattere empirico-induttivo che può essere fondato su fenomeni sociali (quale quello mafioso) svincolando l'attività prefettizia dalla soglia di rilevanza penale fondata sulla certezza probatoria. La previsione di un così ampio potere discrezionale trova ragione nella finalità anticipatoria del provvedimento interdittivo ovvero il prevenire il rischio di infiltrazione e non il punire la condotta penalmente rilevante.

La disciplina della prevenzione amministrativa, dunque, riveste il ruolo di frontiera avanzata [7] giacché rappresenta la più immediata barriera posta dall'ordinamento al fine di allontanare la mafia, insediata in società, dalla *res pubblica*.

La discrezionalità prefettizia funge così da “vaccino” a tutela del buon andamento della cosa pubblica dalla minaccia dell'infezione mafiosa che, come un virus, potrebbe compromettere l'attività polmonare di un intero Paese.

3. La portata preventiva dell'interdittiva antimafia e gli elementi sintomatici

È da segnalare la portata preventiva della legislazione antimafia, tesa ad anticipare ed evitare l'infiltrazione nel tessuto pubblico attraverso società private recidendo ogni possibile contatto con le stesse [8]. L'obiettivo è il mantenimento di un'economia pubblica e privata sana, lontana da logiche infette e da comportamenti invalidanti.

Pertanto, all'autorità prefettizia è riservata la funzione di prevenire pratiche e comportamenti che in modo diretto o indiretto possano ledere l'integrità dell'attività pubblica. L'amministrazione è chiamata a svolgere un monitoraggio perpetuo, teso ad approfondire le cangianti manifestazioni di comportamenti illeciti attraverso una attenta valutazione dei sintomi. Al contempo è richiesto all'amministrazione un intervento immediato per scongiurare ogni forma di infezione [9].

Sul punto ormai consolidata giurisprudenza sostiene la portata “cautelare e preventiva” [10] dell'interdittiva antimafia realizzata attraverso un giudizio prognostico circa le possibili declinazioni della mafia nella trama pubblica. Dunque, l'interdittiva antimafia si pone come momento anticipatorio rispetto a un possibile contagio teso a scongiurare qualsivoglia contatto tra amministrazione e impresa infetta [11].

In sede di massima anticipazione della soglia di prevenzione, l'amministrazione è chiamata a valutare il quadro degli elementi in modo complessivo e onnicomprensivo, fondando il provvedimento su ragioni sostanziali giustificatrici della misura [12]. Le motivazioni del

provvedimento possono trovare ragione in diversi elementi indiziari che non costituiscono un *numerus clausus* e non sono rintracciabili esclusivamente in atti giudiziari o di indagine e accertamenti di Polizia, bensì rilevano elementi disparati come i legami di parentela, amicizia o rapporti di qualunque genere che per incidenza e durata possano far presupporre un rischio di permeabilità.

L'infiltrazione mafiosa, come noto, può esplicarsi anche attraverso tentativi di condizionamento delle scelte e degli obiettivi delle imprese. Il rischio non deve necessariamente essere attuale o invernato, all'opposto necessario è che da elementi sussistenti sia possibile prevedere un determinato evento [13].

Orbene, la discrezionalità riservata al Prefetto nella valutazione del quadro indiziario pare necessaria per un intervento immediato ed effettivamente preventivo. Il vaglio prefettizio non deve avere carattere atomistico e dunque valutativo di singoli elementi bensì inteso come giudizio unitario secondo il canone interferenziale al fine di valutare il grado di permeabilità dell'impresa a possibili tentativi di infiltrazione [14].

Giova precisare che la prevenzione dell'infiltrazione non può sostanzarsi in un mero sospetto del Prefetto o in una vaga intuizione dell'autorità giudiziaria [15] ma deve trovare ragione in diversi elementi fattuali sintomatici di condotte infette per scongiurare la deriva del "diritto della paura". Si deve evitare che il provvedimento prefettizio diventi una pena del sospetto e *medio tempore* che la discrezionalità necessaria in tale sede per un'azione efficiente sconfini di fatto nel puro arbitrio [16].

Al fine di delimitare la discrezionalità amministrativa, il legislatore e la giurisprudenza [17] hanno tipizzato i comportamenti che possono far desumere il tentativo di infiltrazione. Nonostante tale sforzo, però, è rimessa all'autorità amministrativa l'emissione del provvedimento anche facendo ricorso a una clausola generale, che non va intesa quale norma in bianco né un'autorizzazione all'arbitrio del prefetto, imprevedibile per il cittadino e insindacabile per il giudice [18]. Sovente trattasi di condotte atipiche che connotano l'*agere* mafioso, e pertanto, nella propria discrezionalità, l'amministrazione deve arrestarsi solo nel caso di fatti inesistenti o obiettivamente non sintomatici.

D'altro canto, negare tale possibilità al prefetto comprometterebbe la natura stessa della misura di prevenzione in nome di una astratta e aprioristica concezione di legalità formale. E dunque i provvedimenti interdittivi per essere effettivamente efficaci impongono di "tenere il passo con il mutare delle circostanze secondo una nozione di legittimità sostanziale" [19].

4. Brevi riflessioni conclusive

A valle delle considerazioni esposte pare necessario soffermarsi sulle conseguenze del provvedimento prefettizio. Il soggetto raggiunto da interdittiva antimafia diviene incapace ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive che determinano rapporti con la pubblica amministrazione [20]. Si tratta di una incapacità parziale in quanto limitata ai soli rapporti con la p.a. e temporanea potendo venire meno attraverso un successivo provvedimento dell'amministrazione competente.

Il G.A. è chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario attraverso il vaglio posto dal prefetto avendo un pieno accesso ai fatti rilevatori del pericolo e dovendo apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi interferenziale che l'autorità amministrativa trae da tali fatti secondo il criterio probabilistico [21].

È fuor di dubbio la rilevanza e l'importanza delle misure di prevenzione nel minimizzare il rischio di infezione. Il provvedimento interdittivo funge in tale ottica da vaccino per le influenze mafiose nel tessuto pubblico. Come abbiamo avuto modo di verificare, in diverse occasioni, ogni vaccino ha delle controindicazioni. In questo caso, gli eventi avversi sono rappresentati da ingiuste limitazioni di diritti garantiti a livello costituzionale. Pertanto, è necessario valutare attentamente il quadro "clinico" (eventualmente patologico) prima di emettere l'interdittiva, verificando l'effettiva opportunità del provvedimento stesso, scongiurando, ad ogni costo e ad ogni livello, la deriva del libero arbitrio.

[1] *Cfr.* SALAMONE, La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza, Napoli, 2019

[2] Si consiglia A. LONGO, La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali, in www.federalismi.it, n. 19/2019

[3] *Cfr.* F. G. SCOCA, Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata, in www.giustamm.it, n. 6/2018,

[4] Consiglio di Stato, sez. I Parere n. 1060 del 18 giugno 2021

[5] *ibidem.*

[6] Consiglio di Stato, sez., III, 26 settembre 2017, n. 4483

[7] Si consenta il rinvio a R. Rolli, L'informazione antimafia come "frontiera avanzata" (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell'08.06.2020), in Questa rivista, 2019

[8] *Cfr.* P. PIRRUCCIO, L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti, in *Giur. mer.*, n. 2/2009, pp. 503 e ss

[9] In questo senso Corte Cost. sentenza del 26 marzo 2020 n. 57

[10] *Cfr.* Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 6 aprile 2018, n. 3

[11] *V. ex multis* Consiglio di Stato, sez. I pareri 1 febbraio 2019 n. 337 e 21 settembre 2018 n. 2241

[12] *Cfr.* Consiglio di Stato, sez. III, 27 aprile 2021, n. 3379

[13] *V.* Consiglio di Stato, sent. N. 8883, 2019

[14] *Cfr. ex multis* Consiglio di Stato, sent. N. 1049 del 2021; Cons. St., sez. III, sent. N. 759/2019

[15] *V.* Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2019

[16] *Cfr.* Consiglio di Stato, sez.III, 5 settembre 2019, n. 6105

[17] V. Consiglio di Stato, 3 maggio 2016, n. 1743

[18] Consiglio di Stato, sez. I Parere n. 1060 del 18 giugno 2021; *Cfr.* M. NOCCELLI, Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020

[19] *Cfr.* Corte europea dei diritti dell'uomo De Tommaso c. Italia; v. G. AMARELLI, L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159 del 2011?, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, n. 4/2017

[20] *Cfr.* da ultimo Consiglio di Stato, sentenza 26 ottobre 2020, n. 23

[21] V. C. COMMANDATORE, Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile equilibrio, in *Resp. civ. prev.*, n. 3/2019, pp. 917

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1728 – 17 maggio 2021

Interdittiva antimafia e giudicato penale (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049)

di Renato Rolli e Martina Maggiolini

Sommario: 1. Premessa: la vicenda contenziosa - 2. *Sulla certezza* del diritto e sul giudicato tra sistemi diversi - 3. Sull'accertamento nel giudizio amministrativo operato dal giudice penale - 3.1. Rilevanza nel giudizio penale della qualificazione giuridica operata dal giudice amministrativo - 4. Focus. Rapporto tra interdittiva antimafia e giudicato penale - 4.1. Il rapporto tra decisioni di giudici diversi osservato da un'altra prospettiva: sent. Corte di Appello di Bari del 18 febbraio 2021 n. 4 - 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa: la vicenda contenziosa

La giurisprudenza scioglie progressivamente, in un equilibrio ragionevole e funzionale, il fitto groviglio relato ai provvedimenti interdittivi.

In tale filone, va segnalata la pronuncia dei Giudici di Palazzo Spada, sez. III, del 4 febbraio 2021, n. 1049, in cui si rileva il rapporto di autonomia intercorrente tra giudizi diversi [1]. La questione presenta diversi profili problematici che cercheremo di dipanare.

Come ricorda autorevole dottrina *“nel sistema attuale, gli accertamenti di giudici “diversi” non sono più regolati dal principio di necessaria pregiudizialità del processo penale, ma da un principio generale di coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti giurisdizionali che rappresenta la regola del rapporto in un sistema ispirato non più al principio di unicità ma di autonomia delle giurisdizioni, con le conseguenti implicazioni in tema di reciproco condizionamento degli accertamenti operati da giudici diversi”* [2].

Nel caso de quo, l'odierna società appellante chiedeva alla Prefettura di revocare l'interdittiva antimafia [3] allegando, quale fatto legittimante, il provvedimento del giudice della prevenzione penale, con il quale l'impresa non era stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del Codice Antimafia "ritenendo non sussistenti i presupposti tentativi di infiltrazione mafiosa dell'azienda" [4].

La Prefettura rigettava l'istanza, che veniva successivamente impugnata dinnanzi al T.A.R. Campania, sede Napoli, che ne ordinava il riesame. All'esito di tale procedura, l'odierna appellante gravava con motivi aggiunti il nuovo provvedimento ed il giudice di prime cure dichiarava improcedibile il ricorso introduttivo e rigettava i motivi aggiunti.

Dunque, il T.A.R. Campania, dichiarava improcedibile il ricorso introduttivo contro il provvedimento della Prefettura di Caserta con il quale era stata rigettata l'istanza di revoca e/o revisione del provvedimento interdittivo; altresì rigettava il ricorso per motivi aggiunti proposto contro il provvedimento reso in sede di riesame, confermando la sussistenza dei presupposti del provvedimento interdittivo a carico della società.

Pertanto, l'impresa impugnava la sentenza del T.A.R., deducendo anzitutto che la pronuncia del Tribunale della prevenzione avrebbe "attitudine di giudicato e per tale ragione non possono essere messi in discussione in forza dell'art. 654 c.p.p. i fatti in esso accertati in esito ad un giudizio caratterizzato da pieno contraddittorio con l'UTG di Caserta e forza probatoria tipica del giudizio penale" [5].

Il Consiglio di Stato ritenendo infondato il ricorso, pronunciandosi definitivamente sulla sentenza gravata, rigetta l'appello.

2. Sulla certezza del diritto e sul giudicato tra sistemi diversi

Al fine di assicurare e garantire la certezza del diritto e la stabilità di rapporti giuridici è di fondamentale importanza evitare il verificarsi del contrasto fra giudicati nonché impedire che sentenze di giudici diversi valutino elementi in fatto o in diritto in modo logicamente inconciliabile [6].

La questione relativa a contrasti verificatisi all'interno dello stesso sistema è agevolmente risolta mediante il ricorso al giudicato, mentre più complessa e articolata appare la questione attinente al contrasto tra sentenze di organi giudicanti diversi. Se assurge a principio che la cosa giudicata copra esclusivamente la conclusione e non anche la premessa maggiore e quella minore, l'ipotesi di contrasto fra giudicati formati nei diversi sistemi non si concretizza poiché le misure giurisdizionali sono tipiche di ciascun ordinamento e dunque non è ipotizzabile che il giudice amministrativo possa irrogare misure penali e viceversa.

Nel rapporto fra sistemi diversi, il problema relativo alla necessità di coerenza e di uniformità degli accertamenti rileva esclusivamente sulla motivazione e non anche sul dispositivo.

Per di più non sussistono i presupposti processuali affinché l'istituto del giudicato possa essere applicato. Intanto per la difficoltà connessa all'identificazione delle parti. Con riferimento alla Pubblica Amministrazione, essa è parte necessaria del processo

amministrativo e, del resto, il Pubblico Ministero è parte necessaria nel processo penale ed è eccezionale il caso che esso intervenga nel processo amministrativo. Per cui si osserva che *“il problema di coerenza e uniformità degli accertamenti investe la soluzione di questioni pregiudiziali comuni e, diversamente dal recente passato, l’Ordinamento sembra orientato ad impiegare la tecnica della cognizione incidentale in luogo di quelle della sospensione per pregiudizialità”* [7].

Inoltre consolidata giurisprudenza ritiene che dal nuovo codice di procedura penale si possa intuire che l’ordinamento non è più improntato sul principio di unicità della giurisdizione, bensì su *“quello dell’autonomia di ciascun giudizio e della piena cognizione da parte di ciascun giudice delle questioni giuridiche o di accertamento dei fatti rilevanti ai fini della propria decisione”* [8].

3. Sull’accertamento nel giudizio amministrativo operato dal giudice penale

Viene spontaneo domandarsi se in virtù del principio di autonomia in luogo del principio di unicità si debba consentire che giudici diversi possano ricostruire verità diverse solo perché appartenenti ad ordini diversi. Se così fosse verrebbe meno il principio generale posto a garanzia della non contraddittorietà degli accertamenti giurisdizionali.

È bene intanto evidenziare che, nonostante non si ricorra più al principio di unicità, il concetto di giudicato in senso proprio viene utilizzato per regolare il rapporto tra gli accertamenti delle diverse giurisdizioni. Prendendo le mosse dagli artt. 651 e ss c.p.p., dedicati alla disciplina dell’efficacia di giudicato dell’accertamento operato dal giudice penale nel giudizio civile o amministrativo, si giunge alla normativa di cui all’art 654 c.p.p., che disciplina l’efficacia della sentenza penale di condanna o di assoluzione nei giudizi civili o amministrativi: la sentenza ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo quando in questo si controverte circa un diritto o un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall’accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale e che gli stessi siano stati ritenuti rilevanti alla determinazione della decisione penale e purché la legge civile non preveda limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa.

Rileva così l’accertamento recato nella parte motiva della sentenza. In particolare ci si riferisce ai soli presupposti di fatto non comprendendo anche il giudizio di diritto e la conseguente qualificazione giuridica dei fatti valutati. Pertanto, si palesa comprensibile, in tale prospettiva, l’orientamento del giudice amministrativo teso a riconoscere efficacia di giudicato all’accertamento operato dal giudice penale e ad escludere l’ammissibilità del giudizio di ottemperanza in presenza di giudicato penale [9].

3.1. Rilevanza nel giudizio penale della qualificazione giuridica operata dal giudice amministrativo

Nel rapporto tra giudizio penale e giudizio amministrativo non si può riconoscere al giudicato l’efficacia propria di tale istituto. A predominare è il principio di coerenza e di non contraddittorietà dei diversi accertamenti giurisdizionali, che si estrinseca nella forma del giudicato.

Il processo amministrativo è ancora strutturato (salvo per determinate ipotesi) per lo più sulla scorta di un giudizio tipico di legittimità, prevedendo un’istruttoria soltanto eventuale.

Dunque, non vi è un penetrante accertamento dei fatti, bensì una esclusiva verifica della logicità della ricostruzione operata dall'Amministrazione in sede di procedimento amministrativo.

Pertanto, è ampiamente comprensibile che la sentenza amministrativa non possa avere "efficacia di giudicato" nel giudizio penale. È *ictu oculi* poi la rilevanza di tale principio, inteso come coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti giurisdizionali, seppur non contenuto in una norma scritta.

In conclusione, la giurisprudenza riconosce alle sentenze amministrative, e dunque agli accertamenti in esse contenute, valore equivalente ad ogni materiale utile sul piano probatorio, escludendo l'autorità di giudicato e precisando che gli effetti *costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni giuridiche che siano della legge ricollegati agli accennati accertamenti* siano fatti salvi [10].

4. Focus. Rapporto tra interdittiva antimafia e giudicato penale

Dalle considerazioni, fin qui svolte, sembra chiaro che tra il giudizio relativo al provvedimento interdittivo ed il giudicato formatosi in sede penale vi sia un rapporto di autonomia [6]. La valutazione del giudice penale circa l'assenza di elementi che possano dimostrare un contatto attuale dell'impresa con realtà illecite attiene ad un profilo diverso ed ulteriore rispetto alla ricognizione fondata sul principio del "più probabile che non" [11] su cui invece trova fondamento il provvedimento prefettizio.

La giurisprudenza è chiara nel ritenere che la valutazione del giudice della prevenzione penale si fonda su parametri non sovrapponibili alla ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione, che costituisce invece presupposto del provvedimento prefettizio [12].

Prendendo in considerazione la misura del controllo giudiziario pare evidente che nel complesso disegno legislativo esso rappresenta un *post factum* rispetto all'emissione di un provvedimento interdittivo. Invero sindacare la legittimità del provvedimento prefettizio alla luce delle risultanze della successiva delibazione di ammissibilità al controllo giudiziario, finalizzato proprio ad un'amministrazione dell'impresa immune da eventuali infiltrazioni criminali, appare doppiamente viziata, per lo meno contorta poiché inevitabilmente sono differenti gli elementi considerati nelle due sedi; per di più è differente la prospettiva d'indagine, *id est* l'individuazione dei parametri di accertamento e di valutazione dei legami con la criminalità organizzata [13].

Per tali ragioni non si può ritenere vincolante la pronuncia del giudice della prevenzione ovvero riconoscerle efficacia di giudicato relativamente al rischio di infiltrazione dell'impresa da parte della criminalità organizzata. Vero è che la Prefettura e il giudice della prevenzione penale incentrano le rispettive valutazioni sulle medesime circostanze di fatto, giungendo però a conclusioni discordanti circa il pericolo di infiltrazione, che, inevitabilmente, conseguono alla differente impostazione dei due sistemi preventivi [14].

Le due autorità (amministrative e giudiziarie) motivano le proprie decisioni avendo parametri di giudizio differenti. Difatti, seppur per il giudice della prevenzione penale i fatti non sono

tali da poter ammettere la società al controllo preventivo, gli stessi elementi risultano sufficienti per l'emissione del provvedimento interdittivo in base al criterio del "più probabile che non".

Ora, in relazione al rapporto intercorrente tra la valutazione del rischio d'infiltrazione e l'accertamento della responsabilità penale è ormai noto l'orientamento giurisprudenziale per cui ciò che connota la regola probatoria del "più probabile che non" non è un diverso procedimento logico, bensì la forza dimostrativa dell'inferenza logica [15].

Ciò detto, va rilevato che dalla natura stessa dell'informazione antimafia [16] deriva che essa risulti fondata su elementi fattuali più sfumati rispetto a quelli che si pretendono in sede giudiziaria, poiché solo sintomatici e indiziari [17].

È da segnalare che, nel caso *de quo*, l'impresa non ha dedotto che dal provvedimento del giudice penale risultasse un fatto sopravvenuto [18] tale da implicare una revisione del giudizio prognostico originario; bensì ha fatto discendere automaticamente da tale provvedimento l'illegittimità dell'interdittiva. Invero, il provvedimento penale trova esclusivo fondamento nel mancato raggiungimento della soglia rilevante in tale sede, che, *medio tempore*, rileva per l'autorità amministrativa.

In definitiva, sembra chiara la diversità strutturale e funzionale della valutazione dei fatti compiuta in sede di accertamento della responsabilità penale dei soggetti rispetto al valore inferenziale attribuito ai medesimi fatti nel giudizio prognostico concernente il pericolo d'infiltrazione criminosa.

Infine è da segnalare che gli elementi rilevanti per l'emissione del provvedimento prefettizio non vengono valutati atomisticamente bensì secondo il criterio interferenziale suggerito dal principio del "quae singula non prosunt, collecta iuvant", al fine di valutare la possibile permeabilità della società a tentativi di infiltrazione da parte della criminalità organizzata [19].

4.1. Il rapporto tra decisioni di giudici diversi osservato da un'altra prospettiva: sent. Corte di Appello di Bari del 18 febbraio 2021 n. 4

Per chiarire il rapporto intercorrente tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario, e dunque tra decisioni di giudici diversi, pare utile prendere le mosse da una prospettiva differente sollevata con la sentenza della Corte di Appello di Bari del 18 febbraio 2021 n. 4.

Il controllo giudiziario ex art. 34-bis del Codice Antimafia è applicato, su richiesta del P.M. o della stessa impresa che sia soggetta a interdittiva oggetto di impugnazione non ancora definitiva, allorquando l'agevolazione delle attività mafiose appare occasionale [20].

In sede di prevenzione penale, il giudizio ex art 34-bis consegue ad una valutazione diagnostica, tesa a verificare che l'agevolazione sostenuta dal prefetto sia stata occasionale; e una valutazione prognostica poi, intesa a verificare se l'impresa sia nelle condizioni di rientrare in un'economia sana [21]. Difatti, come sostenuto da ormai pacifica dottrina e giurisprudenza, il controllo giudiziario è una vera e propria messa alla prova dell'azienda al fine del suo recupero e, *medio tempore*, della sua sottrazione da una economia a carattere mafioso.

Nel caso *de quo* il giudice di prime cure ha ritenuto di esaurire il suo compito nel qualificare il rapporto dell'impresa con la criminalità organizzata come agevolazione occasionale sulla scorta degli elementi su cui si basa il provvedimento interdittivo e quindi in modo solo diagnostico. Al contrario, il giudizio sulla sussistenza o meno di tale agevolazione, essendo il *proprium* della procedura di controllo e il solo riservato alla cognizione del giudice penale anziché amministrativo, e dunque, non può costituire il mero corollario del giudizio di assoggettamento poiché, oltre che per il momento diagnostico, esso si caratterizza per quello prognostico, mediante il quale possono valutarsi elementi non sindacabili dal G.A. in quanto estranei alla cognizione del prefetto [22].

Il giudice in sede di controllo giudiziario deve dare per scontata l'agevolazione e non contestarla, occupandosi e soffermandosi invece sul profilo dell'occasionalità. Il giudice amministrativo valuta la legittimità del provvedimento interdittivo mentre il giudice della prevenzione verifica l'evoluzione del rapporto sostanziale tra impresa e tessuto sociale [23].

Pertanto, il sindacato sugli elementi sfavorevoli all'impresa, posti a fondamento dell'interdittiva, possono essere rilevati esclusivamente davanti al giudice amministrativo; al contempo, al tribunale ordinario si può chiedere di affermare non già che quegli elementi non sussistano ovvero che essi siano irrilevanti, bensì che siano compatibili, attraverso la duplice visuale diagnostica e prognostica, con il giudizio di agevolazione occasionale [24].

Sul punto la Suprema corte a S.U. ha affermato che *“con riferimento ai presupposti per disporre la misura del controllo giudiziario, il tribunale competente per le misure di prevenzione, oltre a verificare l'occasionalità dell'agevolazione dei soggetti pericolosi, deve svolgere una prognosi circa le concrete possibilità che la singola realtà aziendale abbia di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi di controlli e delle sollecitazioni che il giudice delegato può compiere nel guidare l'impresa infiltrata”* [25].

Nel caso in commento, dunque, nessuna possibilità di riconduzione ad un'economia sana è stata allegata dall'impresa intesa come un allontanamento da contesti malati. In ragione di ciò, la Corte non può formulare alcuna prognosi essendosi la ditta limitata a contestare i collegamenti rilevati dal Prefetto, senza addurre ulteriori elementi; pertanto, dalla mancata presentazione di un programma che possa prospettare la neutralizzazione delle forme ed attività agevolative già riscontrabile in primo grado, e dunque, mancando i requisiti necessari ai fini del vaglio della richiesta, la Corte dichiara inammissibile l'istanza di applicazione del controllo giudiziario proposta dall'impresa disponendo l'immediata cessazione.

5. Riflessioni conclusive

A chiusura delle considerazioni sin qui svolte, chiarita autonomia e separazione intercorrente tra interdittiva antimafia e giudicato penale, osservata tanto dall'angolo visuale del giudice amministrativo che dal giudice della prevenzione, è necessario rilevare che a fronte del deficit di tassatività della fattispecie incriminatrice, ed in particolare nell'ipotesi in cui trattasi di prognosi fondata su elementi non tipizzati ma *“a condotta libera”* e dunque *“lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa”*, è stato delineato dalla giurisprudenza un *“nucleo consolidato di situazioni indiziarie, che sviluppino e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale”* [26].

I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che *“il rischio di infiltrazione criminale è stato desunto dalle frequentazioni del socio, con persone gravitanti nell’orbita della criminalità organizzata di tipo camorristico, dai suoi precedenti penali e dai legami familiari cementati da cointeressenze societarie con soggetti sui quali pure gravano indizi di collegamento”*.

Dunque, le frequentazioni del socio non possono considerarsi un unicum, trattandosi di plurime situazioni che si spiegano in un lungo arco temporale, comprovando una continuità di relazioni che diviene più solida proprio perché perdurano nel tempo. Per di più se si considera che tali rapporti vengono giustificati da esigenze lavorative, lungi dall’alleggerire il significato indiziante delle stesse, che diventano maggiormente pregnanti in quanto connesse proprio all’attività di impresa che, invece, la legislazione antimafia intende preservare da influenze criminali.

Il condizionamento dell’impresa è reso vieppiù evidente considerando che il socio ha precedenti penali per rapina, violazioni urbanistiche, furto e violazione della legge sulle armi, che ben possono fondare, unitamente agli altri indizi, la prognosi delineata dall’Autorità prefettizia [27].

Il quadro tracciato dunque sorregge una soglia certamente superiore al criterio del “più probabile che non” per cui la valutazione del rischio di infiltrazione dell’attività d’impresa si appalesa evidente in sede amministrativa. Invero nella cognizione piena, il giudice penale non ha ritenuto gli elementi di prova raccolti, “elementi certi” per affermare la responsabilità, tuttavia, ciò non comporta *sic et simpliciter*, la conseguente non rilevanza dell’attività ai fini del provvedimento prefettizio che si fonda non su una piena dimostrazione bensì sul più ampio principio probabilistico che risulta nel caso in commento pienamente soddisfatto dato il complesso quadro indiziario.

Come evidenziato da autorevole dottrina, dunque, *“il doveroso condizionamento che può avolversi qualora uno stesso fatto venga conosciuto da più giudici appartenenti ad ordini diversi non è spiegabile in termini di efficacia propria e diretta del giudicato, bensì per l’osservanza del suddetto principio di coerenza e non contraddittorietà”* [28].

In conclusione osserva di recente la dottrina “una volta chiarito che il principio da osservare è quello che impone di assicurare la coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti giurisdizionali, ciò ha ricadute che, per loro importanza, non possono essere trascurate. Prima tra tutte quella che l’abbandono del principio di unicità e l’affermazione di un principio di autonomia non possono giungere fino al punto di consentire che giudici diversi possano ricostruire “verità” diverse solo perché appartenenti ad ordini diversi o per via del fatto che il rapporto non può essere regolato attraverso l’efficacia del giudicato propriamente inteso” [29].

Ebbene questa impostazione deve essere condivisa. Nella materia che ci occupa, lo si ripete, esiste senza dubbio una sorta di sistema a ‘vasi comunicanti’. L’accertamento penale in un certo senso e con dei limiti condiziona la valutazione amministrativa.

Tuttavia tale sistema deve presentare dei limiti. Il ‘livello’ del giudicato può e deve restare impregiudicato in questo sistema dei vasi comunicanti. Qui si parla di controllo giudiziario da parte del giudice della prevenzione penale. Ed allora il ‘limite’ deve essere ancora più

stingente: l'autonomia dei giudizi e dei relativi giudicati resta, ancora di più, un valore da mantenere e preservare.

[1] F. Francario, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo e nel giudizio penale: problemi ed interferenze*, in *Pubblica amministrazione diritto penale e criminalità organizzata* (Atti del convegno), Milano, 2008, pag. 93 ss

[2] F. Francario, *Illecito urbanistico o edilizio e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale ed amministrativo*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, Milano, 2015, pag 99 e ss

[3] E. Giardino, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in *Archivio giuridico*, anno CLII, fasc. 4, 2020, pp. 1099-1040

[4] Si suggerisce Trib. Trieste, 20 novembre 2020, Pres. Rel. Picciotto

[5] F. Francario, *Illecito urbanistico o edilizio e cosa giudicata*, cit. pag. 109 ss

[6] F. Francario, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo*, cit. pag. 96 ss

[7] *Ibidem*.

[8] Cass. Civ. sez. III, 10 agosto 2004 n. 15477; id., sez. II, 25 marzo 2005 n. 6478

[9] F. Francario, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo*, cit.

[10] *ibidem* pag. 103; e in *giurisprudenza Cass. Pen. Sez. V, n.3950 1 dicembre 1990*

[11] F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, *il diritto dell'economia*, 2019

[12] Cfr. in tal senso Cass. Penale sentenza Sez. 6, del 9 maggio 2019, n. 26342

[13] F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *giustamm*, 6, 2018; v. M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro Amm*, (II) 2017

[14] V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019

[15] Si consenta il rinvio a R. Rolli, *L'informativa antimafia come "frontiera avanzata"* (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell'8 giugno 2020), in *Giustiziansieme*, 2020

[16] M. Mazzamuto, *Pagamento di imprese colpite da interdittive antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019

[17] Cfr. Corte costituzionale sentenza 57/2020

[18] v. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 338/2021

[19] Ad esempio, un'operazione di self-cleaning. Sul punto C. Filicetti, *Self cleaning e interdittiva antimafia (nota a Cons. St., Sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945)*; ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 759/2019" così da ultimo le sentenze n. 4837/2020 e n. 4951/2020

[20] in dottrina M. Mazzamuto, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, Sistema penale, fascicolo III, 2020

[21] v. Corte di Cassazione, sez. Unite Penali, sentenza 26 settembre – 19 novembre 2019, n. 46898

[22] R. RUPERTI, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. it.*, 2020

[23] Si consenta il rinvio a R. Rolli e M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale* (nota a ord.za TAR - Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732), *Giustizia insieme*, 2021

[24] LONGO, *La ‘massima anticipazione di tutela’. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, *Federalismi*, n. 19/2019

[25] Cass. S.U. 46898/19: *“la peculiarità dell’accertamento del giudice, sia con riferimento alla amministrazione giudiziaria che al controllo giudiziario, ed a maggior ragione in relazione al controllo volontario, sta però nel fatto che il fuoco della attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale prerequisito, quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano”, si che non è sufficiente accertare lo “ stato di condizionamento e di infiltrazione e quindi lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versò la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche”, dovendosi piuttosto “ comprendere e prevedere la potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l’iter che la misura alternativa comporta”*

[26] Consiglio di Stato 3 maggio 2016, n. 1743

[27] cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2020, n. 2651

[28] F. Francario, *L’accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo*, cit.

[29] F. Francario, *Una giusta revocazione “oscurata” dalla privacy. A proposito dei rapporti tra giudicato penale e amministrativo* (nota a CGARS 1 10 2020 n. 866), in *Giustiziainsieme*, 2020

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1506 - 20 gennaio 2021

Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale (nota a ord.za TAR - Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732)

di Renato Rolli e Martina Maggiolini

Sommario: 1. Premessa: la vicenda contenziosa e la questione di legittimità costituzionale - 2. Sugli effetti del provvedimento interdittivo, sui contrasti con norme costituzionali e sul controllo giudiziario - 3. Il diritto di difesa limitato dall'interdittiva o limite della stessa?

1. Premessa: la vicenda contenziosa e la questione di legittimità

L'affermarsi della normativa antimafia nel tessuto giuspubblicistico ha posto diversi problemi. In *primis* bisogna considerare la propensione a massimizzare l'interesse pubblico sotteso alla normativa antimafia che ha comportato un progresso unilaterale, senza cioè un'adeguata e preventiva considerazione degli interessi concorrenti. In *secundis* va evidenziato che il sistema della normativa antimafia risulta compromesso dalla finalità preventiva che spinge in avanti la tutela conducendo all'ingovernabile risultato di una "indefinita" pervasività [1].

È in tale contesto che si colloca l'accurata ordinanza, che qui si annota, del TAR di Reggio Calabria del 11 dicembre 2020, n. 732.

In tale sede il giudice amministrativo è stato chiamato a decidere sull'annullamento del provvedimento prefettizio [2] fondato per un verso, sui precedenti e sulle parentele del marito della ricorrente [3] e per altro verso, sui rapporti, anche economici, della stessa.

E per di più il provvedimento gravato evidenzia il contesto parentale fortemente compromesso della stessa ricorrente, atteso che il padre risulta contiguo alla cosca -

OMISSIS- mentre il fratello dipendente dell'impresa, già destinataria di interdittiva antimafia nell'agosto 2013, è stato raggiunto da diversi provvedimenti penali. Ed infine la sorella risulta attinta da provvedimenti penali relativi ad attività di gestione rifiuti non autorizzata, violazione di leggi ambientali ed in materia di edilizia.

Detto provvedimento viene impugnato adducendo molteplici censure, con le quali la ricorrente si duole dell'insanabile violazione di legge del provvedimento gravato che sarebbe stato adottato in assenza dei prescritti presupposti di legge. In più la ricorrente allega plurimi profili di illegittimità costituzionale e non conformità alla normativa EDU di alcune disposizioni del Codice antimafia, ed in particolare gli artt. 67, 89 bis, 92 e 94.

Il Collegio accoglie la domanda cautelare e successivamente, con sentenza non definitiva, respinge, ritenendoli non fondati, i motivi di ricorso dedotti dalla parte ricorrente, ivi comprese le diverse eccezioni di legittimità costituzionale e non conformità alla normativa EDU, ad eccezione della prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 92 del D.lgs 159/2011 [4].

Con l'illegittimità *de qua*, viene evidenziata la disparità di trattamento tra i soggetti destinatari di una misura di prevenzione e quelli attinti da informazione antimafia interdittiva, che deriverebbe dal fatto che, soltanto per i primi, il comma 5 dell'art. 67 del Dlgs 159/2011 prevede che "le decadenze e i divieti previsti dal presente articolo possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia".

Invero, tale misura non è prevista in materia di interdittiva antimafia. La circostanza per la quale sia preclusa la possibilità di escludere le decadenze ed i divieti previsti, nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato ed alla sua famiglia, concretizzerebbe un'evidente ed irragionevole disparità di trattamento.

Dunque il Collegio reputa la questione dedotta rilevante considerando che l'attività aziendale costituisce l'unica fonte di reddito della famiglia della ricorrente e che, in mancanza di essa, non avrebbe la possibilità di mantenere quattro figli conviventi, di cui solo uno maggiorenne. Ulteriormente, per effetto del gravato provvedimento, si porrebbe la indifferibile necessità di licenziare otto dipendenti assunti con contratto a tempo pieno ed indeterminato i quali, considerato il periodo emergenziale, non troverebbero facilmente una nuova collocazione lavorativa.

Come detto, alla luce della normativa vigente, non possono essere presi in esame gli effetti che scaturirebbero dal provvedimento interdittivo, dal che consegue la rilevanza della prospettata questione di costituzionalità.

Difatti, laddove venisse accolta la questione di legittimità costituzionale sinteticamente prospettata, il giudizio si dovrebbe concludere con un esito opposto, in quanto la riconosciuta incostituzionalità della norma *de qua* determinerebbe, l'annullamento dell'informazione antimafia interdittiva adottata a carico della ricorrente dall'autorità prefettizia.

Sulla scorta di ciò, il Tribunale adito ritiene che la norma, per come formulata, non lasci margini per una sua eventuale lettura costituzionalmente orientata. Difatti essa non

contempla affatto l'attribuzione all'autorità prefettizia del potere di valutazione discrezionale relativamente agli effetti del provvedimento emesso.

Per tali ragioni il TAR di Reggio Calabria dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, del D.lgs. n. 159 del 2011, in relazione agli artt. 3, secondo comma, 4 e 24 della Costituzione, disponendo dunque la sospensione del giudizio e la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

2. Sugli effetti del provvedimento interdittivo, sui contrasti con norme costituzionali e sul controllo giudiziario

Ordunque il Collegio, richiamando la natura «cautelare e preventiva» [5] delle interdittive antimafia [6], rileva che l'impossibilità per il Prefetto di esercitare i poteri previsti nel caso di adozione delle misure di prevenzione di cui all'art. 67 co 5 del D.lgs. n. 159 del 2011, possa concretizzare un'irragionevole violazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 co. 2 della Costituzione.

Difatti se si tiene in considerazione che le interdittive antimafia e le misure di prevenzione siano accomunate della medesima natura di provvedimenti idonei ad assicurare un'anticipata difesa della legalità e che sono altresì tenute al rispetto delle medesime conseguenze decadenziali previste dall'art. 67 del D.lgs. n. 159/2011 appare concreta la lamentata disparità di trattamento. Invero la mancata previsione del potere/dovere del Prefetto di vagliare gli eventuali effetti del provvedimento determina un vizio non giustificato data la natura univoca del provvedimento interdittivo e delle misure di prevenzione. Bisogna rilevare, a questo punto, che la prevenzione antimafia si muove ai confini dello Stato di diritto contenendo degli aspetti strutturali fortemente indeterminati. Seppur la mancanza di confini stringenti sia giustificata dalla *ratio* stessa dell'istituto, vi sono diversi profili che necessitano di una puntuale tipizzazione essendo doveroso garantire un bilanciamento degli interessi generali con gli interessi dei singoli e delle imprese, specialmente tenendo in considerazione la gravità delle conseguenze che incombono sui destinatari dei provvedimenti prefettizi [7].

È lo stesso Collegio a rammentare, in tale sede, che una questione simile posta all'attenzione dalla Corte Costituzionale [8] non fu oggetto di una pronuncia specifica poiché, contrariamente alla vicenda per cui è causa, l'argomento non veniva dedotto in modo autonomo lasciando spazio ad una eventuale determinazione positiva circa la questione di legittimità che prende forma in misura tale da rideterminare i confini del potere/dovere riconosciuto all'autorità prefettizia [9].

Ed altresì, secondo il Collegio giudicante, non rileva la temporaneità del provvedimento interdittivo come fattispecie idonea a legittimare la disparità di trattamento tra i destinatari di interdittiva antimafia e di misure di prevenzione [10], atteso che i conseguenti dodici mesi [11] di inattività appaiono un periodo ampiamente sufficiente a pregiudicare in modo definitivo qualsiasi attività di impresa, cagionando un *vulnus* evidente a chi da quell'attività trae i mezzi di sostentamento suoi e della sua famiglia. È chiara dunque la necessità, *de iure concedendo*, di ampliare lo spettro di attività del prefetto, chiamato non solo a tutelare l'interesse generale, ma anche l'interesse del destinatario del provvedimento prefettizio il quale non solo subirebbe il danno a livello personale ed imprenditoriale, ma andrebbe ad inficiare anche l'ambito familiare, che in particolare, nel caso *de quo*, coinvolgerebbe tre soggetti minori.

Per di più non può intendersi causa escludente della disparità lamentata il fatto che ai sensi dell'art. 34 bis comma 6 del D.lgs n. 159 del 2011, "Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo...". Difatti il controllo giudiziario sospende, *medio tempore*, gli effetti dell'interdittiva senza eliminarli e la sua applicazione è condizionata dall'impugnazione del provvedimento interdittivo. Tale intervento, dunque, non produce una eliminazione degli effetti conseguenti all'emissione del provvedimento prefettizio ma sospende gli stessi lasciando incerta la possibilità per il destinatario di trovarsi di lì a poco senza un effettivo mezzo di sostentamento per se e per la propria famiglia [12].

Difatti, il controllo giudiziario interviene quando il provvedimento interdittivo ha già, almeno in parte, dispiegato i suoi effetti e non riabilita l'impresa ma, al contrario, presuppone la sussistenza e la permanenza del detto provvedimento interdittivo [13]. E dunque, in nessun momento viene preso in considerazione il necessario bilanciamento degli interessi in gioco. La compressione dell'interesse individuale è certamente il sacrificio necessario al funzionamento dell'istituto ma la questione in oggetto valicando non solo l'interesse del singolo destinatario ma anche quello dei suoi familiari e dei soggetti terzi merita la doverosa attenzione del Giudice di legittimità.

Inoltre, per quanto attiene al profilo della lamentata violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione pare opportuno ricordare che la ragionevolezza delle leggi è corollario del principio di uguaglianza ed esige che le disposizioni normative contenute in atti aventi valore di legge siano congruenti al fine perseguito dal legislatore, con la conseguenza che sussiste la violazione di tale principio laddove, come nel caso di specie, pare possibile riscontrare una contraddizione tra disposizioni legislative ispirate alla tutela dell'interesse pubblico.

Altresì il Collegio adito ritiene che la questione di legittimità costituzionale va posta anche in relazione all'art. 4 della Costituzione. È evidente infatti che le conseguenze derivanti dall'adozione dell'informativa interdittiva [14], incidono in maniera pervasiva sull'attività svolta dai soggetti che ne sono colpiti, inibiti non solo ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione ma anche ad attività private, sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività da parte del privato alla Pubblica amministrazione [15].

Dunque le conseguenze relative all'emissione del provvedimento interdittivo sono cospicue e si manifestano anche nei confronti di terzi, colpendo finanche i soggetti che lavorano presso l'impresa attinta dall'interdittiva ripercuotendosi dunque sull'esercizio di un diritto fondamentale quale il diritto al lavoro. Sul punto va evidenziato che tale diritto costituisce il fondamento della nostra Carta costituzionale.

In particolare non si rinviene la ragione per cui si debba garantire l'attività lavorativa ai detenuti, considerandola altresì come una componente essenziale del trattamento rieducativo [16], mentre non viene riconosciuta e dunque garantita allo stesso modo per i soggetti destinatari di un provvedimento di natura cautelare e preventiva, finalizzato, appunto, a prevenire un evento che non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, emesso da un'autorità amministrativa sulla base della regola causale del "più

probabile che non"[17], e alla cui discrezionalità è rimessa l'attivazione dell'eventuale contraddittorio [18]. Dunque è innegabile che nell'adottare il provvedimento in questione, si debba considerare l'effettiva eventualità che esso vada a depauperare i mezzi di sostentamento derivanti dall'attività lavorativa che conseguentemente ed inevitabilmente viene meno [19].

3. Il diritto di difesa limitato dall'interdittiva o limite della stessa?

Orbene, la compiuta valutazione dei fatti posti alla base del giudizio circa l'annullamento del provvedimento interdittivo gravato, viene completata mediante l'audizione della parte interessata che solo nella fase giudiziaria ha la facoltà di presentare le proprie ragioni, integrando così il contraddittorio. Ai fini di completezza anche in sede procedimentale, dovrebbe essere riconosciuto il diritto per i destinatari dell'interdittiva di una valutazione prefettizia preventiva circa gli effetti del provvedimento stesso. Difatti, la mancanza di una visione completa, o meglio ad ampio raggio, comporta, come nel caso in oggetto, una limitazione stringente di un diritto costituzionalmente garantito che pregiudica irrimediabilmente la sfera personale e familiare dei destinatari [20].

Per di più, si arriva a dubitare della compatibilità della disposizione in commento con il diritto della difesa di cui all'art. 24 Cost.. Difatti va rilevato preliminarmente che il procedimento finalizzato all'emissione dell'informazione antimafia alla luce della normativa vigente conosce soltanto l'interlocuzione eventuale, prevista dall'art. 93, comma 7, del D.lgs. n. 159 del 2011. Infatti il Prefetto competente al rilascio del provvedimento, solo ove lo ritenga necessario, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, può invitare in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre ogni informazione utile [21]. Dunque anche questo aspetto è sottoposto, *sic et simpliciter*, alla piena discrezionalità del prefetto non prevedendo così un vero e proprio diritto dell'interessato ad intervenire in tale sede ma lasciando l'autorità competente libera di emettere il provvedimento senza un previo intervento del destinatario [22].

Da tanto considerato, bisogna concludere che se per un verso è evidente che, in alcune circostanze, "la discovery anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informazioni riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia"[23], è anche vero, alla luce delle disparate conseguenze che gravano sugli operatori economici raggiunti dall'interdittiva, che precludere ai destinatari di detto provvedimento la possibilità di sottoporre all'autorità prefettizia le possibili conseguenze dello stesso, in termini di depauperamento dei mezzi di sostentamento suoi e della sua famiglia, si integra una violazione anche dell'art. 24 della Costituzione.

In conclusione va però rilevato che la Corte Costituzionale non è propensa all'applicazione del diritto di difesa al di fuori dei confini giurisdizionali non estendendo il pieno contenuto del dettato normativo al procedimento contenzioso di natura amministrativa. Ciò posto, non si devono escludere però gli eventuali riflessi, anche in altri ambiti, di detto diritto, rappresentando un valore inerente ai diritti inviolabili della persona [24].

Dunque l'interessante questione di legittimità posta all'attenzione del TAR Reggio Calabria è stata rimessa alla Corte Costituzionale. Quest'ultima avrà la possibilità di vagliare i motivi

addotti ed intervenire garantendo, nel caso in cui riscontrasse effettivamente un vizio di legittimità della norma in oggetto, la tutela di diritti costituzionalmente garantiti che si trovano sul “piatto della bilancia” insieme all’interesse pubblico del contrasto alla Mafia.

[1] si rinvia per un’esaustiva quanto interessante disamina a M. Mazzamuto, *Lo scettro alla prefettocrazia: l’infinita pervasività del sistema antimafia delle grandi opere ed il caso emblematico delle “filiere”*, in *Diritto dell’economia*, 3-2013, pp.619

[2] si consenta il rinvio su diverse questioni relative ai provvedimenti prefettizi a R. Rolli, *L’informativa antimafia come “frontiera avanzata”* (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell’8 giugno 2020), in *Questa rivista*, 3 luglio 2020; C. Filicetti, *Self cleaning e interdittiva antimafia* (nota a Cons. St., Sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945)

[3] imputato e detenuto per reati di mafia, accusato di svolgere il ruolo di capo-promotore-organizzatore della cosca operante in Catona - Arghillà - Villa San Giuseppe - Rosali – Spontone.

[4] In tale sede appare necessario accennare un confronto tra la materia in oggetto e il sindacato del giudice amministrativo sulle ordinanze di sgombero connesse ai procedimenti di confisca. Anche in quest’ultima sede infatti è possibile rinvenire questioni di legittimità appartenenti allo stesso filone *de quo*. Riservandoci la possibilità di trattare accuratamente tale confronto si consiglia la complessa analisi di M. Mazzamuto, *L’agenzia nazionale per l’amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, *Diritto penale contemporaneo*, 2015

[5] Consiglio di Stato sez. III, 09/09/2020, n.5416

[6] Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 6 aprile 2018, n. 3

[7] si veda M. Mazzamuto, *Pagamento di imprese colpite da interdittive antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019

[8] Cfr. sentenza n. 57/2020

[9] M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020

[10] Cfr. Corte Costituzionale con la sentenza n. 57/2020

[11] v. F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in *giustamm*, 6, 2018

[12] si consiglia per un approfondimento sull’interdittiva nel contesto costituzionale M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm*, 2017

[13] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3268/2018

[14] v. A. M. Speciale, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, in *giustizia-amministrativa*, 2020.

[15] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 20 gennaio 2020 n. 452

[16] Cfr. Corte Costituzionale 532/2002

[17] M. A. Sandulli, *Osservatorio sulla Giustizia Amministrativa*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.9, 1 settembre 2019, p. 1377

[18] si consenta il rinvio a R. Rolli M. Maggolini, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale* (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979)

[19] v. M. Mazzamuto, *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al codice antimafia*, in diritto penale contemporaneo, 2016; ed ancora M. Mazzamuto, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, Sistema penale, fascicolo III, 2020

[20] sulla posizione dell'impresa raggiunta da interdittiva si consiglia M. Mazzamuto, *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure antimafia*, in Giurisprudenza italiana, 2019; di grande interesse anche M. Mazzamuto, *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, Giurisprudenza italiana, 2018

[21] R. RUPERTI, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in Giur. it., 2020, 3

[22] comportando non solo "l'insuscettività (...) ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive che determinano (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 aprile 2018, n. 3) ma anche come stabilito dal CdS: "ai sensi dell'art. 67, co. 1, lett. g) del d.lgs. n. 159/2011, è preclusa al soggetto colpito dall'interdittiva antimafia ogni possibilità di ottenere 'contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali', stante l'esigenza di evitare ogni esborso di matrice pubblicistica in favore di imprese soggette ad infiltrazioni criminali" (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. III, 4 marzo 2019, n. 1500; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 aprile 2018, n. 3).

[23] Consiglio di Stato, sezione III, 31 gennaio 2020 n. 820

[24] Corte Costituzionale sentenza n. 128/1995

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1912 – 2 settembre 2021

Addenda 2021 a “Principi e regole dell’azione amministrativa”

di Maria Alessandra Sandulli

(L’addenda alla terza edizione del volume “Principi e regole dell’azione amministrativa”, Milano, Giuffrè W.K., 2020, ha lo scopo di segnalare al lettore le principali novità intervenute in ambito normativo e giurisprudenziale sui temi trattati nell’opera nell’arco temporale tra la sua chiusura (luglio 2020) e il 30 agosto 2021. La Rivista ne anticipa la pubblicazione ringraziando l’Autrice)

Indice: 1. La spinta riformatrice impressa dal d.l. n. 77 del 2021 (convertito nella l. n. 108) per l’attuazione degli impegni assunti con le Istituzioni dell’Unione Europea in relazione ai finanziamenti per la ripresa dalla pandemia COVID-19. 1.1. Premessa. 1.2. La prevalenza del tempestivo raggiungimento degli obiettivi sul controllo della legalità e sulla difesa del diritto a una “giustizia” nell’amministrazione: la contrazione della tutela giurisdizionale in materia di affidamento dei contratti pubblici. 1.3. Le novità del d.l. n. 77 del 2021 in tema di inerzia della p.A.: il rafforzamento dei poteri sostitutivi, l’attestazione della formazione del silenzio assenso e la riduzione del termine per l’annullamento d’ufficio. 2. La sentenza Consiglio di Stato n. 2207 del 2021 sui limiti al potere di annullamento d’ufficio: la conferma della relativa incertezza e dell’esigenza di un intervento sistematico di riforma del quadro normativo. 3. L’ordinanza TAR Lazio, Roma, n. 8854 del 2021 sul sospetto di illegittimità costituzionale del valore implicito di diniego dell’inerzia sulle istanze di sanatoria edilizia. 4. La sentenza dell’Adunanza plenaria n. 7 del 2021 sulla responsabilità della p.a. per danno da ritardo. 5. Le sentenze dell’Adunanza plenaria in tema di accesso documentale; 6. Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione.

1. La spinta riformatrice impressa dal d.l. n. 77 del 2021 (convertito nella l. n. 108) per l'attuazione degli impegni assunti con le Istituzioni dell'Unione Europea in relazione ai finanziamenti per la ripresa dalla pandemia COVID-19.

1.1. Premessa.

Come evidenziato nell'Introduzione al volume, il diritto amministrativo è stato ed è fortemente influenzato, a tutti i livelli, sostanziali e processuali, dalla straordinaria emergenza da virus SARS COVID-19 scoppiata all'inizio del 2020 e purtroppo tuttora in corso.

Le novità più importanti del periodo considerato sono quindi sicuramente rinvenibili nel d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito nella l. n. 108 del 29 luglio (noto anche come “decreto semplificazioni-*bis*”, o, più correttamente, come “decreto *governance*”), che, originato dall'esigenza di garantire il rispetto degli impegni assunti con l'Unione Europea per l'assegnazione e la corresponsione delle misure straordinarie di sostegno stanziate dal Consiglio europeo per la ripresa degli Stati colpiti dalla pandemia (Next Generation EU o Recovery Fund), è dichiaratamente rivolto a “definire il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, nonché dal Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018”, con l'espressa – e coerente – precisazione che, a tali fini, “assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei Piani indicati al comma 1, nel pieno rispetto degli standard e delle priorità dell'Unione europea in materia di clima e di ambiente”.

Questa speciale esigenza, originata, come sottolineato, dalla straordinarietà dello stanziamento e dall'unicità dell'occasione data al nostro Paese per raggiungere i suddetti, fondamentali, obiettivi di sviluppo, essenziali a consentire un'adeguata qualità della vita alle prossime generazioni, ha purtroppo indotto a sacrificare sull'altare del tempestivo raggiungimento del risultato richiesto la garanzia di diritti fondamentali, come è indubbiamente quello a un attento controllo e a una effettiva tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici (v. *infra*), ma ha auspicabilmente posto le basi per un processo più generale di ripresa che, se sarà davvero accompagnato da uno sforzo comune per costruire un contesto normativo chiaro e coerente, seguito da un'amministrazione adeguatamente formata e correttamente controllata e giudicata nel rispetto dei principi e delle regole costituzionali, potrebbe realmente infondere una iniezione di fiducia nelle istituzioni e alimentare nuove aspettative nel futuro del nostro sistema giuridico, economico e sociale[1].

Sintomaticamente, all'art. 1, il legislatore, dopo aver dichiarato i riferiti obiettivi, precisa che le disposizioni contenute nel decreto, “in quanto direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento (UE) 2021/241, sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva in materia di rapporti dello Stato con l'Unione europea di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione e definiscono, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio

nazionale” (cfr. in argomento il contributo di R. DIPACE su “L’ambito di applicazione della legge n. 241 del 1990 s.m.i.”, con *focus* di S. TUCCILLO).

1.2. La prevalenza del tempestivo raggiungimento degli obiettivi sul controllo della legalità e sulla difesa del diritto a una “giustizia” nell’amministrazione: la contrazione della tutela giurisdizionale in materia di affidamento dei contratti pubblici.

La strettissima correlazione che, come emerge dal volume, lega il diritto amministrativo sostanziale a quello processuale - perché il potere amministrativo, incidendo unilateralmente sulle posizioni giuridiche di altri soggetti, ha bisogno di un controllo giurisdizionale immediato ed effettivo – rende opportuno dare conto della circostanza che la specialissima contingenza determinata dalla necessità di rispettare i surrichiamati impegni con le Istituzioni europee ha spinto a far prevalere il principio della tempestività nel raggiungimento dei risultati prestabiliti su quelli della legalità e della giustizia. In quest’ottica si pone l’istituzione e il potenziamento dei nuovi uffici del processo, che consentiranno di smaltire più rapidamente l’arretrato e di accelerare la definizione dei processi, ma difficilmente potranno garantire una “buona giustizia” resa da magistrati competenti[2]. E, per quanto di più diretto interesse ai nostri fini, in quest’ottica il Governo, avallato dal Parlamento in sede di conversione in legge del d.l. n. 77, ha ritenuto di poter giustificare misure che, costituendo in realtà la messa in opera di un più risalente progetto, rischiano purtroppo di costituire una ingiusta messa da requiem dell’effettività della tutela giurisdizionale contro le violazioni delle regole sull’affidamento dei contratti pubblici. Il d.l.77 del 2021 appare sotto questo profilo il triste epilogo della lunga - ma si spera non vana - lotta contro il movimento di opinione che, da diversi anni (a partire dall’agosto 2013)[3], addita la giustizia amministrativa come il maggior colpevole dei ritardi nell’esecuzione delle opere pubbliche, spingendo il legislatore verso una graduale emarginazione della tutela soprassessoria (tramite la sospensione degli atti di cui si sospetta l’illegittimità) e una conseguente sostituzione della tutela caducatoria (essenziale a garantire il rispetto dei principi e delle regole di una buona amministrazione) con una tutela meramente risarcitoria.

Nella primavera 2020, in risposta a un articolo pubblicato sul quotidiano *Il Foglio* a firma di un gruppo di professori di diritto amministrativo che, ancora una volta, riprendendo un progetto inserito nelle proposte del cd decreto crescita del 2019, propugnava tale ipotesi di riforma (G. della Cananea, M. Dugato, A. Police e M. Renna, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, in *Il Foglio*, 5 aprile 2020), altri accademici, tra cui chi scrive, avevano cercato di rappresentare le ragioni per le quali il nostro sistema costituzionale, che affida al giudice amministrativo il compito di assicurare la giustizia nell’amministrazione (art. 100) e di eliminare dal mondo giuridico gli atti amministrativi *contra ius* (art. 103), osta radicalmente a una siffatta soluzione (G. Corso, G. Greco, F. Francario, M.A. Sandulli e A. Travi, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il Foglio*, 8 aprile 2020, pubblicato anche sul sito della Giustizia amministrativa). Pure l’Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA) ha organizzato un apposito *webinar* di confronto sul tema (Webinar Aipda, *Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti. Appalti e processo amministrativo, i nodi da sciogliere in vista della Fase 3*, in MF, 5 maggio 2020) che, oltre a essere in controtendenza con la lotta alla corruzione che vede purtroppo negli appalti un’importante propulsione[4], urta con i principi di effettività della tutela sanciti dalle istituzioni eurolunitarie: dopo i noti interventi della Corte di Giustizia a garanzia della tutela d’urgenza, la Direttiva 2007/66/CE ha chiarito in modo

inequivocabile che l'effettività della tutela contro l'illegittimo affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture impone agli Stati membri di prevedere mezzi di ricorso idonei ad assicurare all'operatore economico la possibilità di evitare che la violazione delle regole sostanziali produca i suoi effetti^[5], consentendo soltanto in via eccezionale la sostituzione della tutela caducatoria con quella meramente risarcitoria.

L'ipotesi di riforma "anti giustizia nell'amministrazione" venne così, in apparenza, ridimensionata, sotto le vesti di una "mera" estensione dell'ambito di applicazione del rito super speciale per gli appalti per la realizzazione delle infrastrutture strategiche disegnato dall'art. 125 c.p.a.: tutela cautelare residualissima e contratti super resistenti alla sospensione e all'annullamento.

La preoccupazione che la spinta della ripresa post Covid-19 potesse spianare la strada per cavalcare una vecchia onda – sintomaticamente rilanciata nei disegni di decreti crescita di fine 2019 – era riemersa con il testo originario del d.l. n. 76 del 2020, che prevedeva in linea generale che le controversie in materia di contratti pubblici fossero definite, a prescindere dai presupposti di legge, con una sentenza in forma semplificata all'esito della camera di consiglio sull'istanza cautelare, il che non soltanto implicava una rinuncia alla pubblicità dell'udienza, ma, soprattutto, considerate le strettissime tempistiche del giudizio cautelare, ulteriormente ridotte *in subiecta materia*, rendeva di fatto impossibile la definizione della controversia "cognita causa".

Con una provvidenziale serie di ordinanze di fine luglio, la V Sezione del Consiglio di Stato ne ebbe però a rilevare l'inapplicabilità. E in sede di conversione in legge la disposizione fu abrogata.

Restava, come una triste ombra, la previsione dell'art. 4 del decreto, che, con un'aggiunta all'art. 32, comma 8 del Codice dei contratti, stabilisce che *«La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione»*. La novella, in combinato disposto con le nuove regole sulla responsabilità erariale dei funzionari pubblici (cirscritta, fino al 31 dicembre 2021 – termine già prorogato dal d.l. n. 77 del 2021 al 30 giugno 2023), all'accertamento del dolo per i danni derivanti dalle condotte "attive" (art. 21 d.l. n. 76 del 2020) rendeva sempre più difficile confidare in una tutela "effettiva".

La strada era purtroppo avviata ed ecco, contro ogni illusoria speranza, il d.l. 77 del 2021, che, dopo avere sensibilmente esteso l'ambito dei contratti suscettibili di affidamento "diretto" e di procedura negoziata senza bando (con proroga delle disposizioni derogatorie al 30 giugno 2023), dispone all'art. 48 che in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1 (*id est*, quelle "afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea") si applica, senza limiti di tempo, lo specialissimo regime di resistenza all'intervento giurisdizionale disegnato dall'art. 125 c.p.a. per le infrastrutture strategiche (!), il quale dispone che "2. In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto

delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure. 3. Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalentè”.

Accade allora che, per tutte le commesse (non solo per lavori, ma anche per servizi e forniture) in qualsiasi modo legate ai suddetti finanziamenti (la quasi totalità, dunque, o comunque una enorme fetta di quelle affidate in questi mesi e nei prossimi anni) le Stazioni appaltanti (che peraltro notoriamente non dispongono di adeguate risorse tecniche) dovranno muoversi “senza rete” nel marasma normativo e giurisprudenziale e dunque, inevitabilmente, saranno anche più facilmente esposte a indebite pressioni, molti operatori validi e onesti ingiustamente falliranno (con buona pace della fiducia degli investitori e della ripresa economica), i più furbi si spartiranno abilmente il mercato e la tutela risarcitoria, e, come ripeto da vari lustri, la collettività pagherà due volte: la prima perché dovrà subire un contraente pubblico inadeguato (con quanto ne conseguirà anche in termini di rischi per la sicurezza – delle opere, dei servizi e delle forniture, *in primis* sanitarie – e di ritardi e inadempienze nell'esecuzione) e la seconda perché dovrà, in aggiunta, pagare il risarcimento al concorrente indebitamente pretermesso.

Perché, allora, proprio mentre si riducono le regole e i controlli procedurali (ampliando ad esempio l'ambito del ricorso alla procedura negoziata e all'affidamento diretto)^[6] e le analisi dei dati ci dicono che solo una minima parte dei ritardi nell'esecuzione delle commesse pubbliche è imputabile al contenzioso (che, del resto, *in subiecta materia*, è estremamente rapido), si svisciva la tutela giurisdizionale e si tarpano le ali al giudice che, come chiede il diritto UE (art. 2 Direttiva 66/2007), dovrebbe garantire che le violazioni delle – pur ridotte – regole sostanziali non producano effetti? Ammesso (ma non senza riserve) che la straordinaria ed eccezionale contingenza creata dalla pandemia COVID-19 e la necessità di rispettare le tempistiche di realizzazione delle riforme finanziate, in tutto o in parte, dall'Unione europea possa essere dunque una ragione valida per derogare alle regole specifiche che la stessa Unione si è preoccupata di dettare per porre freno al malcostume nell'affidamento delle commesse pubbliche, deve essere assolutamente chiaro che la grave riduzione di garanzie inferta in suo nome a principi e diritti fondamentali deve essere rigorosamente circoscritta nell'oggetto e nel tempo all'utilizzo dei suddetti fondi e non può essere in alcun modo vista come un “esperimento” per un eventuale futuro assetto “a regime” della disciplina della tutela giurisdizionale sull'affidamento dei contratti pubblici.

L'impatto è peraltro ancora più grave in quanto tale materia (che, ad esempio, l'ordinamento tedesco affida al giudice ordinario) è affidata in Italia al giudice amministrativo, cui, come ricordato, la Costituzione chiede di garantire la giustizia nell'amministrazione, risultato che sintomaticamente persegue affidandogli il potere/dovere di rimuovere *ex tunc* dal mondo giuridico gli atti illegittimi. Per assolvere al suo ruolo^[7], il giudice amministrativo deve dunque mantenere la sua peculiarità, che è e deve restare quella di impedire che gli atti amministrativi ingiustamente lesivi di posizioni giuridicamente tutelate producano effetti – evidentemente pregiudizievoli anche per l'interesse generale alla “buona amministrazione” – e non deve essere progressivamente assimilato al giudice ordinario (che è invece giudice della controversia), ciò che, inevitabilmente, pone il problema della ragionevolezza e della

proporzionalità di una sostanziale duplicazione della stessa funzione. Per questa ragione, mentre va nettamente stigmatizzato ogni indebolimento della tutela soprassessoria e caducatoria a favore di quella risarcitoria, va forse ripensata anche l'attribuzione al giudice amministrativo di quest'ultima, ipotizzando magari una mera partecipazione del relatore della sentenza al collegio giudicante ordinario. Sarà infatti davvero in grado – tecnicamente e culturalmente – il giudice amministrativo di condannare le amministrazioni al pagamento di somme adeguate? È indubbio che, se non lo fosse, perché tradizionalmente attento all'impatto economico delle sue decisioni sulle casse dell'Amministrazione e, di riflesso, sulla collettività, il passo indietro della giustizia sarebbe ancora più grave.

1.3. Le novità del d.l. n. 77 del 2021 in tema di inerzia della p.A.: il rafforzamento dei poteri sostitutivi, l'attestazione della formazione del silenzio assenso e la riduzione del termine per l'annullamento d'ufficio.

Oltre a misure specifiche relative ai singoli settori (quali l'ambiente, la digitalizzazione, la sanità, i contratti pubblici, l'edilizia), il decreto è intervenuto in termini più generali sulle regole dell'azione e dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e, per quanto qui più immediatamente interessa, ha, ancora una volta, focalizzato l'attenzione sull'annoso tema dell'inerzia amministrativa e sull'esigenza di certezza e di stabilità dei titoli abilitativi (temi ampiamente trattati nel volume, a partire dall'Introduzione)[8].

Con riferimento al primo profilo, il decreto ha innanzitutto cercato di rafforzare il sistema dell'intervento in via sostitutiva dell'amministrazione competente rispetto alle inadempienze dei propri uffici all'obbligo generale di conclusione del procedimento entro i termini stabiliti (cfr. il contributo di G. MARI su *“L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi procedurali e procedurali della p.A.”*, con appendice giurisprudenziale e *focus* di N. POSTERARO). In particolare, l'art. 61 ha così modificato il primo e il terzo periodo del co. 9-bis dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990, onerando l'organo di governo delle singole amministrazioni di individuare un soggetto nell'ambito delle relative figure apicali dell'amministrazione o una unità organizzativa cui attribuire il suddetto potere sostitutivo in caso di inerzia e ha correlativamente riscritto il co. 9-ter stabilendo che *“Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9-bis, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo e, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, conclude il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario”*.

Prendendo coscienza delle incertezze determinate dallo strumento del silenzio assenso (su cui si vedano, oltre al richiamato contributo di G. MARI, i contributi di M.A. SANDULLI su *“La semplificazione della procedura documentale mediante dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio”*[9] e di M. SINISI su *“Il potere di autotutela caducatoria”*, con appendice di giurisprudenza di L. DROGHINI, R. PAPPALARDO e G. STRAZZA), l'art. 62 del decreto ha poi introdotto all'art. 20 della stessa legge generale un co. 2-bis, il quale dispone che *“nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo”*. In altri termini, perdendo ancora una volta l'occasione per intervenire sull'art. 21, co. 1, della legge, per risolvere le contraddizioni tra le relative disposizioni e il regime (e gli obiettivi) degli artt. 20 e 21-*nonies* rilevate nei contributi sopra richiamati, il

legislatore ha aggiunto un equivoco obbligo di attestazione “circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda” ai sensi dello stesso art. 20, ulteriormente prevedendo, in termini che non mancano di destare preoccupazione alla luce della posizione di estremo e irragionevole rigore mostrato dalla giurisprudenza sulle autodichiarazioni (v. in particolare il richiamato contributo di M.A. SANDULLI) che “Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”. Premesso che, per espressa precisazione della novella, l'attestazione – correttamente - non rileva ai fini degli effetti comunque prodotti dal decorso del tempo (sicché la sua mancanza non impedisce la formazione del provvedimento implicito, quale è davvero la sua funzione? Dal momento che chiunque è in grado di calcolare in via autonoma il tempo trascorso dalla data di presentazione dell'istanza, agevolmente documentabile dall'interessato e in teoria agevolmente verificabile in via diretta da qualsiasi amministrazione in forza dell'art. 18 della stessa l. n. 241, perché aggiungere un ulteriore adempimento, verosimilmente a sua volta non onorato dagli uffici? Una logica potrebbe essere rinvenuta nell'esigenza di dare contezza che l'istanza è rimasta effettivamente senza riscontro, ma non è questo il dato che la disposizione chiede di attestare. L'attestazione, apparentemente limitata al decorso del termine, dovrebbe invero piuttosto estendersi a dare atto “pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda” (alla scadenza di tale termine): un adempimento che, se fosse stato imposto unicamente agli uffici pubblici e accompagnato da un adeguato sistema sanzionatorio in caso di inottemperanza, avrebbe potuto effettivamente rispondere alla rilevata esigenza di maggiore certezza richiesta al meccanismo di semplificazione disegnato dall'art. 20 l. n. 241. Ma l'obiettivo sembra purtroppo ancora una volta fallito, perché, come visto, a fronte della, prevedibile, ulteriore riluttanza degli uffici ad attestare la formazione del provvedimento implicito, di questo “intervenuto accoglimento” il legislatore parrebbe, con un ennesimo ingiusto trasferimento di responsabilità, chiedere all'istante di rendere una autodichiarazione ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, con tutti i rischi (di indebita confusione tra falsa dichiarazione e errore di diritto) già evidenziati nel menzionato contributo di M.A. SANDULLI. Da preannunciato e declamato strumento di garanzia di certezza per l'istante e di spendibilità del titolo tacito, la novella rischia così di tradursi in una ennesima “trappola”^[10] per chi, senza alcun intento fraudolento, in un contesto normativo notoriamente incerto e complesso (tanto da aver indotto il legislatore del 2020 a ridurre l'ambito delle responsabilità dei dipendenti pubblici^[11]) ritiene che l'assenso richiesto rientra “nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1” e, conseguentemente, oltre ad avviare l'attività, dichiara ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000 che la sua istanza è stata implicitamente accolta, restando in tal modo esposto, nell'ipotesi – purtroppo ancora ricorrente^[12] – in cui un'amministrazione o un giudice ritenga invece che, nonostante il vano decorso del tempo, il silenzio – per assertedo difetto di alcuno dei requisiti necessari – non si sia effettivamente formato, non soltanto alle sanzioni per l'esercizio di un'attività asseritamente abusiva, ma anche alle più gravi conseguenze previste per aver reso una dichiarazione non veritiera. In luogo di intervenire in modo sistematico sul problema dell'incertezza dei titoli impliciti e “autodichiarati” (cfr. anche il contributo di M.A. SANDULLI su “La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)”, con appendice giurisprudenziale e focus di G. STRAZZA) chiarendo una volta per tutte la priorità dell'interesse perseguito e risolvendo in modo ad esso coerente i dubbi interpretativi strumentalmente sollevati da quanti, non condividendo la scelta della “stabilità” del titolo, con l'unico limite di quello ottenuto in modo fraudolento, hanno cercato nelle pieghe degli artt. 21, co. 1 e 21-nonies, co. 2-bis, un modo per negarne la valenza anche a fronte di meri errori di diritto, il legislatore del 2021 ha scelto, dunque, un rimedio affatto peggiore del male,

che, se compreso nella sua “pericolosità”, non costituisce certamente un modo per raggiungere il dichiarato obiettivo di (ri)dare fiducia agli operatori e, pertanto, non agevola la ripresa economica.

In questo quadro si sminuisce anche la valenza della ulteriore modifica alla l. n. 241 apportata dal d.l. *governance* 2021, che, all’art. 63, riduce da diciotto a dodici mesi il termine massimo previsto in via generale dal citato art. 21-*nonies* per l’annullamento d’ufficio dei provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici (anche tacitamente assunti ai sensi dell’art. 20) e, in forza del rinvio operativi dall’art. 19, per il controllo immediato e doveroso sulla legittimità della SCIA. In assenza dell’auspicato intervento sistematico, idoneo a impedire letture “anestetizzanti” del suddetto termine, in nome della sua ritenuta irragionevolezza in rapporto alla scarsità e inadeguatezza delle risorse dedicate ai controlli pubblici sulle istanze e sulle autosegnalazioni, ogni sua ulteriore relativa riduzione rischia invero soltanto di rafforzarle.

2. La sentenza Consiglio di Stato n. 2207 del 2021 sui limiti al potere di annullamento d’ufficio: la conferma della relativa incertezza e dell’esigenza di un intervento sistematico di riforma del quadro normativo.

A tale proposito è opportuno richiamare l’attenzione su un nuovo delicato arresto giurisprudenziale intervenuto in argomento dopo la pubblicazione del volume. Con la sentenza n. 2207 del 17 marzo 2021^[13], la VI Sezione del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sul decreto con il quale il Ministero dei beni culturali e ambientali ha ritirato l’affidamento della concessione della nota Certosa di Trisulti a un’associazione che aveva falsamente dichiarato il possesso dei requisiti (tra cui la personalità giuridica) richiesti dal bando, ha svolto importanti (anche se non sempre condivisibili) considerazioni, che, per un verso, fissano alcuni utili punti fermi e, per l’altro, confermano le gravi incertezze del sistema, inaccettabilmente irrisolte anche dagli ultimi interventi legislativi. Sotto il primo profilo, riprendendo le considerazioni svolte dal giudice di primo grado (TAR Lazio, Latina, Sez. I, 26 maggio 2020 n. 173), la sentenza ha chiarito che i suddetti limiti interessano anche le concessioni demaniali, sottolineando, che nell’operazione di rilascio della concessione di beni coesistono un atto amministrativo unilaterale, in cui l’amministrazione dispone di un proprio bene in via autoritativa e una convenzione attuativa, avente ad oggetto la regolamentazione degli aspetti patrimoniali e dei diritti e obblighi delle parti connessi all’utilizzi di detto bene, e che l’eventuale accertamento (in via giudiziale o di autotutela amministrativa) dell’illegittimità del provvedimento pervade il contratto e quindi provoca la decadenza dal beneficio indebitamente ottenuto e che il rilascio di una concessione costituisce “*provvedimento di attribuzione di vantaggi economici a persone ed enti pubblici e privati*” al quale “*trovano sicuramente applicazione*” le norme che, “*per esigenze di sicurezza giuridica e di certezza dei rapporti immanenti all’ordinamento*”, inderogabilmente circoscrivono l’esercizio di un potere di secondo grado su una manifestazione di volontà già responsabilmente espressa dall’amministrazione entro un termine ragionevole e comunque entro diciotto – ora dodici e nei casi contemplati dall’art. 264, co. 1, lett.b), d l. n. 34 del 2020, addirittura tre – mesi “*dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*” e (al § 15) ribadisce l’orientamento giurisprudenziale che “ha chiarito come il superamento dei limiti temporali previsti per l’esercizio del potere di annullamento in autotutela (sanciti dall’art. 21-*nonies*, comma 1, l. 241/1990, e già ivi espressi attraverso il canone del “*termine ragionevole*”) in

presenza di una falsità dichiarativa o documentale presupponga la valenza obiettivamente determinante di siffatta falsa rappresentazione, tanto che è proprio sulla base di essa che il provvedimento ampliativo è stato adottato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2018 n. 3940)”. Sotto il secondo profilo, pur richiamando le importanti puntualizzazioni operate dall’Adunanza Plenaria dello stesso Consiglio di Stato nella sentenza n. 16 del 2020 in ordine alla necessaria correlazione tra falso e realtà^[14], sicché il primo presuppone la certezza dell’antitesi vero/falso, la Sezione sembra però – ultroneamente – accedere alla criticabile (e, per quanto esposto nel capitolo 8 del volume, inaccettabile) equiparazione tra falsa dichiarazione di un fatto/dato indiscutibilmente vero (come era quella resa nella specie dall’associazione concessionaria, che aveva dichiarato di essere in possesso di una personalità giuridica che invece oggettivamente non aveva) e l’errore di diritto, che, come rileva la stessa sentenza, si fonda su valutazioni di carattere giuridico, per loro natura “opinabili”, tanto dall’amministrazione che dal dichiarante e, soprattutto, dopo aver richiamato a proprio sostegno la posizione giurisprudenziale che, rifiutando la valenza chiaramente afflittiva della deroga ai limiti ordinari dell’autotutela caducatoria connessa alla non veridicità dei dati forniti, nega contraddittoriamente rilevanza all’elemento soggettivo (che è invece evidentemente essenziale per distinguere un mero errore di valutazione giuridica da una dichiarazione falsa o fuorviante), addirittura utilizza gli approdi cui era pervenuta l’Adunanza plenaria nella sentenza n. 8 del 2017 (con l’espressa precisazione che si riferiva al quadro normativo antecedente alla riforma del 2015) per affermare, in frontale contrasto con la lettera e la *ratio* del novellato art. 21-*nonies*, che il termine per l’esercizio del potere caducatorio decorrerebbe dalla scoperta della non veridicità. Da ultimo, di fronte all’ostacolo costituito dal fatto che il comma 2-*bis* di tale articolo richiede che la falsità della dichiarazione sia effetto di una condotta accertata con una sentenza penale di condanna, la sentenza in commento fa – forzatamente – ricorso all’abusato strumento dell’ “interpretazione costituzionalmente orientata”, affermando (§14) che *“il limite temporale dei 18 mesi, introdotto nel 2015, in ossequio al principio del legittimo affidamento con riguardo alla posizione di colui che ha ottenuto un provvedimento autorizzatorio o di attribuzione di vantaggi economici, è dedicato dal legislatore e, quindi, trova applicazione, solo se il comportamento della parte interessata, nel corso del procedimento o successivamente all’adozione dell’atto, non abbia indotto in errore l’amministrazione distorcendo la realtà fattuale oppure determinando una non veritiera percezione della realtà o della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e se grazie a tale comportamento l’amministrazione si sia erroneamente determinata (a suo tempo) a rilasciare il provvedimento favorevole. Nel caso contrario, non potendo l’ordinamento tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata, non può trovare applicazione il limite temporale di 18 mesi oltre il quale è impedita la rimozione dell’atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 maggio 2019 n. 3192, 24 aprile 2019 n. 2645 e 14 giugno 2017)”*.

Un tratto particolarmente importante della pronuncia, in relazione alle problematiche evidenziate nel volume con riferimento alle autodichiarazioni e a quanto sopra osservato in riferimento alla recentissima riforma dell’art. 20, è peraltro quello in cui il Collegio rileva che, avendo la concessionaria reso una dichiarazione ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 (come è quella di norma impropriamente richiesta agli interessati anche per attestare la sussistenza di presupposti giuridici opinabili e da ultimo espressamente richiesta dal richiamato art. 63 del d.l. n. 77 del 2021 in sostituzione dell’attestazione pubblica della formazione del silenzio assenso), essa è soggetta alla “contemporanea applicazione” dell’art. 21-*nonies* e dell’art. 75 del suddetto Testo Unico del 2000, il quale, comunque, in caso di accertamento della non veridicità di quanto dichiarato, imporrebbe la decadenza dal beneficio ottenuto, senza il limite della sentenza penale di condanna, che, secondo la sentenza in commento, opererebbe

soltanto in caso di giudizio già pendente. L'infelice inciso "*fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445*" (su cui si vedano le considerazioni svolte nei richiamati contributi di M.A. SANDULLI e M. SINISI) inserito nel comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* offre dunque il fianco alla Sezione, che, tuttavia, ancora una volta, singolarmente, non fa alcuna menzione dei pareri della speciale Commissione consultiva dello stesso Consiglio di Stato sui decreti SCIA 1 e SCIA 2 del 2016 (attuativi della l. n. 124 del 2015 e ripetutamente citati nei richiamati contributi del volume a sostegno di una lettura più coerente con il proclamato obiettivo di riacquistare la fiducia degli operatori), per affermare che i nuovi limiti all'autotutela caducatoria per vizi originari di legittimità introdotti nell'art. 21-*nonies*, pur sopravvenuti e presentati come riforma fondamentale del sistema dei controlli amministrativi sui propri atti, non avrebbero di fatto la declamata portata generale, ma sarebbero a loro volta "anestetizzati" dal più rigoroso regime di reazione alle false dichiarazioni dettato dall'art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000, peraltro significativamente rafforzato dal ricordato d.l. n. 34 del 2020, che, come evidenziato nel volume (cfr. in particolare il già citato contributo di M.A. SANDULLI sulla semplificazione della produzione documentale), aggiunge alla decadenza (*ex nunc*) dei benefici indebitamente ottenuti, il recupero di quelli già acquisiti e, addirittura, l'interdittiva biennale da ogni altro vantaggio. Come segnalato nel volume, il tema della legittimità costituzionale di un siffatto sistema automatico di reazione alle false dichiarazioni, a prescindere dalla valutazione dell'elemento soggettivo e della gravità oggettiva, è comunque all'esame della Corte costituzionale. Per superare l'impasse, la sentenza torna quindi a valorizzare il presupposto annullamento, affermando la sussistenza nella specie anche dell'interesse pubblico richiesto dall'art. 21-*nonies*, che rinviene però di fatto nella mera esigenza di ripristino della legalità violata (opportunità di eliminare un provvedimento "*che avrebbe favorito un soggetto che non ha dimostrato il reale possesso di tutti i requisiti richiesti dall'avviso della selezione e, prima ancora, dal decreto ministeriale 6 ottobre 2015*"), disattendendo il principio che richiede una ragione ulteriore, escludendo ipotesi di interesse pubblico all'annullamento *in re ipsa* (cfr. il richiamato contributo sull'autotutela caducatoria e ivi i riferimenti alla citata sentenza n. 8/2017 dell'Adunanza plenaria).

3. L'ordinanza TAR Lazio, Roma, n. 8854 del 2021 sul sospetto di illegittimità costituzionale del valore implicito di diniego dell'inerzia sulle istanze di sanatoria edilizia.

Restando sul tema delle misure di semplificazione, merita inoltre segnalare l'ordinanza 22 luglio 2021 n. 8854, con la quale il TAR Lazio, Roma (sez. II-*bis*) ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 36, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), che qualifica come silenzio-diniego la mancata pronuncia sull'istanza di sanatoria edilizia, dopo 60 giorni dalla sua presentazione, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 in via mediata, e 97 della Costituzione, proponendo una ricostruzione critica dell'istituto del silenzio-diniego sulle istanze di autorizzazione, che, per regola generale, dovrebbero essere definite secondo il regime del silenzio assenso (se non addirittura essere sostituite dalla SCIA) e che invece, attraverso l'equiparazione *ex lege* dell'inerzia a decisione reiettiva, privano l'interessato della fase procedimentale amministrativa e delle relative garanzie, ivi compreso l'obbligo di motivazione e il preavviso di rigetto (su cui cfr. i contributi di F. APERIO BELLA su "*La motivazione del provvedimento*" e di P. CHIRULLI su "*La partecipazione al*

procedimento”), in contrasto anche con il principio di buon andamento (su cui cfr. il contributo di M. SPASIANO) e con il corretto atteggiarsi dei rapporti tra giudice e amministrazione.

4. La sentenza dell’Adunanza plenaria n. 7 del 2021 sulla responsabilità della p.a. per danno da ritardo.

A proposito degli effetti dell’inerzia amministrativa, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 23 aprile 2021 n. 7[15], è poi tornata sull’annosa questione della responsabilità della p.a. per danno da ritardo (su cui cfr. il richiamato contributo di G. MARI). In risposta ai quesiti sollevati da CGARS, 15 dicembre 2020, n. 1136, con specifico riferimento al danno derivante all’istante dalla modifica del quadro normativo sopravvenuta alla scadenza del termine per provvedere, il Supremo Collegio della giustizia amministrativa ha colto l’occasione per ricostruire il sistema della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, affermando che sia che derivi da illegittimità provvedimentale, sia da che derivi da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, essa si configura come responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già come responsabilità da inadempimento contrattuale: “è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell’art. 2056 cod. civ. –da ritenere espressione di un principio generale dell’ordinamento- i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell’evitabilità con l’ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall’art. 1225 cod. civ.”. Nella specie, a fronte del diniego di ammissione agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati, l’Adunanza plenaria ha ritenuto in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la mancata tempestiva conclusione del procedimento autorizzativo (che avrebbe dovuto seguire le disposizioni dettate ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003) e il mancato accesso ai suddetti incentivi a causa del divieto normativo sopravvenuto. Con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, la sentenza ha peraltro rilevato la necessità di stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all’amministrazione, oppure se l’interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all’abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi. Da ultimo, il Collegio ha poi precisato che, in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l’impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l’attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell’amministrazione.

5. Le sentenze dell’Adunanza plenaria in tema di accesso documentale.

Dopo la pubblicazione del volume, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha reso poi quattro importanti pronunce in materia di accesso (tema trattato nel contributo di A. CORRADO su “*Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione*”[16]): si tratta delle

sentenze nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020^[17] e della sentenza 18 marzo 2021 n. 4^[18], in cui il massimo organo della giustizia amministrativa ha svolto interessanti precisazioni sul rapporto tra diritto al c.d. accesso difensivo del richiedente e diritto alla riservatezza del controinteressato. In particolare, l'ultima pronuncia, richiamando i citati arresti del 2020, ha preliminarmente ricordato che *“l'art. 24 della l. n. 241 del 1990 prevede, al riguardo: a) al comma 1, una tendenziale esclusione diretta legale dall'accesso documentale per le ipotesi ivi contemplate; b) al comma 2, un'esclusione demandata ad un regolamento governativo, con cui possono essere individuati casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi, tra l'altro e per quanto qui interessa, nella lettera d) «quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono»; c) al comma 7 un'esclusione basata su un giudizio valutativo di tipo comparativo di composizione degli interessi confliggenti facenti capo al richiedente e, rispettivamente, al controinteressato, modulato in ragione del grado di intensità dei contrapposti interessi ed improntato ai tre criteri della necessità, dell'indispensabilità e della parità di rango”*. Il Collegio ha conseguentemente osservato che nel caso controverso non venivano in rilievo né i “dati sensibili” quali definiti dall'art. 9 del Regolamento n. 2016/679/UE del Parlamento e del Consiglio e, cioè, dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché i dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, né i dati “giudiziari” di cui al successivo art. 10 e, cioè, i dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza, né i dati cc.dd. supersensibili di cui all'art. 60 del d. lgs. n. 196 del 2003 (cioè i dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona), bensì i dati personali rientranti nella tutela della riservatezza cd. finanziaria ed economica della parte controinteressata, per poi ribadire che *“ai fini del bilanciamento tra il diritto di accesso difensivo, preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in senso lato, e la tutela della riservatezza (nella specie, cd. finanziaria ed economica), secondo la previsione dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, non trova applicazione né il criterio della stretta indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari) né il criterio dell'indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati cc.dd. supersensibili), ma il criterio generale della “necessità” ai fini della “cura” e della “difesa” di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali, di cui si è detto, dell'accesso documentale di tipo difensivo”*. Come già precisato nelle sentenze nn. 19, 20 e 21 del 2020, l'Adunanza sottolinea che il collegamento tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta impone quindi un'attenta analisi della motivazione che la pubblica amministrazione ha adottato nel provvedimento con cui ha accolto o, viceversa, respinto l'istanza di accesso, perché soltanto l'esame di questa motivazione consente di comprendere se questo collegamento, nel senso sopra precisato, esista effettivamente e se l'esigenza di difesa rappresentata dall'istante prevalga o meno sul contrario interesse alla riservatezza nel delicato bilanciamento tra i valori in gioco. Precisa peraltro il Collegio che

“20.1. La pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso.

20.2. Un diverso ragionamento reintrodurrebbe nella disciplina dell'accesso difensivo e, soprattutto, nella sua pratica applicazione limiti e preclusioni che, invece, non sono contemplati dalla legge, la quale ha già previsto,

come si è detto, adeguati criteri per valutare la situazione legittimante all'accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all'ostensione del documento o alla riservatezza.

20.3. Certamente, se l'istanza di accesso sia motivata unicamente, ai sensi dell'art. 25, comma 2, della l. n. 241 del 1990, con riferimento ad esigenze difensive di un particolare giudizio e il giudice di quella causa si sia già pronunciato sull'ammissibilità o, addirittura, sulla rilevanza del documento nel giudizio già instaurato, la pubblica amministrazione e, in sede contenziosa ai sensi dell'art. 116 c.p.a., il giudice amministrativo dovranno tenere conto di questa valutazione, sul piano motivazionale, ma sempre e solo per valutare la concretezza e l'attualità del bisogno di conoscenza a fini difensivi, nei termini si è detto, e non già per sostituirsi ex ante al giudice competente nella inammissibile e impossibile prognosi circa la fondatezza di una particolare tesi difensiva, alla quale la richiesta di accesso sia preordinata, salvo, ovviamente, il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990".

6. Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione.

La giurisprudenza da ultimo richiamata porta peraltro l'attenzione su una questione ben più delicata e importante, che in questo periodo è emersa con notevole rilevanza e gravità. Quanto può la tutela della riservatezza del trattamento dei dati personali (sensibili e non) incidere su altri diritti fondamentali, come ad esempio quello "civico" alla trasparenza degli atti giudiziari (oggi "oscurati" in una serie di dati che non consentono più il necessario controllo democratico sull'imparzialità delle pronunce^[19]) o, in termini di massima attualità, quello delle pubbliche amministrazioni alla disponibilità e al trattamento di dati (come il possesso del cd Green Pass) necessari ad assicurare lo svolgimento di funzioni pubbliche (come l'insegnamento) senza danni per la tutela della salute pubblica? Il tema, per la sua stretta correlazione con il corretto svolgimento dell'azione amministrativa, sarà oggetto di opportuno approfondimento nella prossima edizione del volume. Per il momento ci si limita a prospettarlo, rinviando allo scritto di F. FRANCARIO, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione*, in *Giustizia insieme.it*, 1 settembre 2021 [20] e, sul primo profilo, all'apposito documento del Consiglio Direttivo dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA), visionabile sul relativo sito.

[1] In termini generali, sul PNRR, cfr. gli atti dell'Incontro di studio organizzato dall'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA) il 28 aprile 2021 leggibili sul relativo sito.

[2] Né è evidentemente proponibile un confronto con gli uffici studi o gli assistenti di studio dei giudici della Corte costituzionale o con l'ufficio del massimario della Corte di Cassazione, composti da docenti universitari o da magistrati debitamente selezionati.

[3] Si fa riferimento all'articolo di R. PRODI "Abolire TAR e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia", pubblicato sui quotidiani *Il Messaggero*, *Il Mattino* e *Il Gazzettino* del 11 agosto 2013

[4] Per una lucida e interessante analisi delle criticità del sistema di affidamento dei contratti pubblici, si veda M. CORRADINO, *L'Italia immobile. Appalti, burocrazia, corruzione. I rimedi per ripartire*, Milano, 2020.

[5] *Inter alia*, M.A. SANDULLI, *Le principali novità nel rito speciale in materia di appalti pubblici*, in *Astrid online*, n. 17/2011; ID., *Nel dl semplificazioni troppi limiti alla tutela degli appalti irregolari*, in *Il Dubbio*, 31 luglio 2020 e, da ultimo, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a., tra progresso e involuzione* (riordinando gli interventi ai webinar svolti sul decennale del codice del processo amministrativo dalle Università di “Roma Tre” e “Statale” di Milano il 16 settembre e il 1° dicembre 2020), in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2021 e *ivi* ulteriori richiami; G. GRECO *Coronavirus e appalti (a proposito dell’art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 517 ss.; ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Atti del Convegno 20 maggio 2011, Università degli Studi di Milano, in *Quaderni della Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, Milano, 2012; F. FRANCIARIO, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Questione giustizia*, 1, 2021; ID., *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *Federalismi.it*, 2020

[6] Cfr. gli Interventi (di M. D'ALBERTI, R. GRECO e C. CONTESSA) al webinar organizzato dalla Camera Amministrativa Romana (CAR) il 12 luglio 2021 su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici: dalla semplificazione alla riforma*” e le considerazioni “*a prima lettura*” sul d.l. n. 77 di A. COIANTE e S. TRANQUILLI, *Semplificare per resistere*, in *Giustizia insieme.it*, 29 giugno 2021.

[7] Su cui v. *amplius* le riflessioni svolte in M.A. SANDULLI, *La risorsa del giudice amministrativo*, in *Questione giustizia.it*, n. 1/2021 (numero monografico a cura di G. MONTEODORO e E. SCODITTI dedicato a “*Giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*”).

[8] Si rinvia alle considerazioni svolte dalla scrivente nell'Intervento sul PNRR al richiamato Incontro AIPDA del 28 aprile 2021 e in *Basta norme - trappola sui rapporti tra privati e P.A. o il Recovery è inutile*, Intervista a *Il Dubbio* del 7 maggio 2021, pubblicata in *Giustizia insieme.it* il 10 maggio 2021. Sulle novità legislative e giurisprudenziali (d.l. 77 e Ad. plen. n. 7 del 2021, su cui v. *infra*), cfr. anche A. BARTOLINI, *Il termine del procedimento amministrativo tra clamori di novità ed intenti di pietrificazione*, in *Giustizia insieme.it*, 27 luglio 2021.

[9] Il contributo è pubblicato anche su *Giustizia insieme.it* 15 ottobre 2020.

[10] Cfr. M.A. SANDULLI, *La “trappola” dell’art. 264 del dl 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, in *Giustizia insieme.it*, 2 giugno 2021.

[11] Il riferimento è agli artt. 21 e 23 del d.l. n. 76 del 2020, convertito nella l. n. 120, rispettivamente riduttivi dell'ambito della responsabilità erariale e dell'abuso d'ufficio.

[12] Cfr., da ultimo, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 15 aprile 2020, n. 634.

[13] Su cui si v. i rilievi di V. SORDI, *La concessione della Certosa di Trisulti al Dignitatis Humanae Institute. Autotutela e “anestestizzazione” del termine per provvedere (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207)*, in *Giustizia insieme.it*, 11 maggio 2021.

[14] La sentenza, già richiamata nell'appendice in calce al volume, ha formato oggetto di molti commenti, tra cui si segnalano quelli di G.A. GIUFFRÈ e G. STRAZZA, *L'Adunanza plenaria e il tentativo di distinguo (oltre che di specificazione dei rapporti) tra falsità, omissioni, reticenze e “mezze verità” nelle dichiarazioni di gara*, in *Riv. giur. ed.*, 5, 2020 e *Il rapporto tra le cause di esclusione di cui alle lettere c) e f-bis) dell’art. 80, comma 5, del d.lgs. 50/2016: qual è l'ipotesi residuale?*, in *l'Amministrativista.it*, 14 settembre 2020 e di C. NAPOLITANO, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria* (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16), in *Giustizia insieme.it*, 8 ottobre 2020.

[15] Su cui cfr. *amplius* A. BARTOLINI, cit. e E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *Giustizia insieme.it*, 30 luglio 2021.

[16] Sulle delicate e sempre attuali questioni in materia di accesso e trasparenza, cfr. l'apposito Osservatorio Trasparenza, diretto da A. CORRADO (coordinatrice), L. CALIFANO, B. CARAVITA, F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI, istituito nel 2021 sulla rivista *Federalismi.it*.

[17] Su cui si v. il commento di M. R. Calderaro, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale* (nota a Adunanza Plenaria n. 19/2020) su *Giustizia insieme.it*, 25 novembre 2020.

[18] Sul tema si veda il contributo di C. COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *Federalismi.it*; L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy: La faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, a cura di L. CALIFANO e C. COLAPIETRO, Napoli, 2014.

[19] Su cui si v. i rilievi di F. FRANCARIO, *Una giusta revocazione “oscurata” dalla privacy. A proposito dei rapporti tra giudicato penale e amministrativo (nota a CGARS 1 ottobre 2020 n. 866)* in *Giustizia insieme.it*, 20 ottobre 2020 e E. CONCILIO, *Atti giudiziari e tutela dei dati personali (nota a Tar Lazio sez. III, 1 febbraio 2021 n. 579, ivi, 29 marzo 2021)*.

[20] Si tratta di uno scritto condivisibilmente critico sui limiti che l'ingerenza del Garante rischia di creare (e in vari casi ha già creato) al buon andamento dell'azione amministrativa, che, nel passaggio finale delle *Osservazioni conclusive*, rileva che “*Pare dunque doveroso quantomeno interrogarsi sulla correttezza delle interpretazioni comunemente seguite nell'applicazione della normativa privacy nei confronti della pubblica amministrazione e prendere in considerazione la possibilità che siano date anche altre opzioni interpretative, diverse da quella che impone l'assoluto e incondizionato rispetto del diritto da parte della pubblica amministrazione e che di fatto consente di irrogare sanzioni sindacando ex post il merito delle scelte amministrative. Allo stato questa possibilità sussiste e la strada passa innanzi tutto attraverso la valorizzazione della piena efficacia immediatamente precettiva della previsione recata dall'art. 6 lett. E) del GDPR, secondo la quale “l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure ..l'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento” rappresenta una valida base giuridica del trattamento dei dati personali (ordinari o comuni); e in secondo luogo attraverso una interpretazione necessariamente più elastica delle regole della minimizzazione indicate dall'art. 5 del GDPR, sicuramente congeniali al sistema se la base giuridica del trattamento è il consenso o se si muove da situazione di divieto, com'è per i dati particolari o sensibili, ma priva di senso se il titolare è già di per sé istituzionalmente tenuto ad agire unicamente per finalità di pubblico interesse e ad osservare il principio di proporzionalità nella propria azione. Diversamente, l'Autorità Garante sarà destinata inevitabilmente ad intervenire in tutti i procedimenti amministrativi come un'amministrazione generale di secondo livello, aggravando i processi decisionali pubblici in manifesta controtendenza con le misure di semplificazione e di accelerazione che si cerca di introdurre quanto più possibile nel nostro ordinamento per recuperare efficienza e efficacia dell'azione amministrativa*”

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1721 – 10 maggio 2021

Basta norme - trappola sui rapporti tra privati e PA o il Recovery è inutile.

di Maria Alessandra Sandulli * (* intervista rilasciata a Errico Novi, Il Dubbio, 7 maggio 2021)

«Mario Draghi è un premier che ha strategia. Sa dunque che le leggi possono non bastare. O meglio: che le nuove leggi non bastano se non sono armonizzate con le precedenti. E ancora, Draghi sa che in alcuni casi l'interpretazione conta più della lettera di una norma. Se vuole dunque davvero spalancare alle imprese l'autostrada della crescita deve chiarire alcuni aspetti cruciali della stabilità e spendibilità dei procedimenti amministrativi e di concessione di benefici economici. E per farlo, servirà forse un impegno comune delle magistrature supreme per garantire un rigoroso rispetto dei confini della giurisdizione amministrativa». Maria Alessandra Sandulli, ordinario di Diritto amministrativo all'università Roma Tre, è uno dei pochi scienziati del diritto italiani che intrattengono con le massime istituzioni un rapporto di amichevole vigilanza. Risponde al Dubbio su alcuni aspetti decisivi delle norme che si intende modificare a breve con il nuovo decreto Semplificazioni. «Non sarà facile offrire al sistema economico e a ogni singolo operatore quella che chiamiamo stabilità del titolo autorizzativo o del beneficio. Eppure è indispensabile farlo».

Cosa intende dire, che dietro quel terribile acronimo, Pnrr, c'è un gigante con i piedi di argilla?

Non drammatizziamo fino a questo punto. Il Piano dichiara tra i suoi obiettivi: una ripresa rapida, solida e inclusiva e il miglioramento della crescita potenziale. Inutile ricordare quali gap sconti il Paese rispetto ai ritmi di crescita dell'Ue. D'altra parte abbiamo avuto il finanziamento più consistente, che è però condizionato ad alcune precise missioni. E per

poterle effettivamente realizzare è però indispensabile anche incentivare le attività economiche private, che servono a produrre a loro volta reddito. Non basta la leva fiscale: sarà determinante la semplificazione amministrativa.

Sul punto paiono tutti d'accordo, governo in primis.

Certo, ma ci sono snodi sottovalutati, su cui è urgente intervenire. Tra i quali i meccanismi di semplificazione autorizzativa, in particolare il silenzio-assenso e la "Scia", cioè l'avvio di una attività sulla base di una mera segnalazione. Atto tipico e necessario nella vita di ogni impresa. Nel corso dell'evoluzione normativa, i privati si sono trovati sempre più spesso a dover dichiarare e autocertificare non solo dati di realtà oggettivamente certi ma anche la sussistenza dei presupposti e requisiti di legge per l'adozione di un provvedimento o per l'avvio di una attività.

È questa la semplificazione, no?

Dovrebbe esserlo. Ma l'imprenditore è chiamato in questo modo ad assumere in prima persona la responsabilità di individuare, nel marasma normativo, le regole nazionali, sovranazionali, locali, di vario livello, inerenti il suo caso. E deve interpretarle nel modo che poi singolo giudice e Pa riterranno corretto.

Ma tanto una volta ottenuto il titolo è a posto. O no?

Lei pensa? Aspetti e ascolti. Intanto l'onere evocato è tanto più assurdo se si pensa che il DL 76/2020 ha ridotto la responsabilità erariale dei funzionari pubblici per l'adozione di atti illegittimi ai soli casi di dolo.

Mentre per i privati?

Si resta esposti a interpretazioni giurisprudenziali non di rado discordanti. L'articolo 21-nonies della legge 241/90 sul procedimento amministrativo dice espressamente che con la segnalazione o la domanda il privato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge. In caso di dichiarazione mendace si configura il reato previsto dall'articolo 483 del codice penale, cioè il falso ideologico, salvo che la condotta integri un più grave reato. Il punto critico è il margine concesso all'amministrazione per accertare la sussistenza di quel falso e autoannullare il provvedimento autorizzativo: è un margine di fatto indeterminato. In altre parole il titolo abilitativo non si forma mai compiutamente. Viene in tal modo sterilizzato ogni limite temporale imposto dal legislatore all'amministrazione, e viene così meno, per il privato, la stabilità del titolo o del beneficio.

Com'è possibile?

Col decreto 76 del 2020 il pubblico funzionario è stato liberato dalla paura della firma, si è detto. Il punto è che l'autorizzazione o il beneficio derivanti da quella firma non sono stabili: nonostante gli sforzi compiuti dal legislatore a partire dal 2004, le amministrazioni e gli stessi giudici amministrativi trovano spesso il modo per sterilizzare i limiti imposti al pubblico potere per annullare i propri atti. In questo, sono agevolati da alcune incertezze e discrasie dei testi normativi. Come noto, il legislatore ha stabilito, nel 2015, un termine massimo, 18 mesi, entro cui le amministrazioni possono annullare d'ufficio i propri provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici. Il termine decorre dall'adozione del provvedimento, inclusi i casi in cui esso si sia formato per effetto del cosiddetto silenzio assenso. Diciotto mesi per annullare sono tanti, ma almeno il privato lo sa e ci fa conto. In teoria. Tanto più che lo stesso limite temporale è stato fissato per il controllo sulla sussistenza dei presupposti per la utilizzabilità della "Scia", laddove la Pa non abbia mosso rilievi dopo i 30 o i 60 giorni concessi per il controllo immediato sulla legittimità della stessa segnalazione. Si ipotizza poi una riduzione del termine da 18 a 3 mesi con il prossimo decreto Semplificazioni, sulla scorta di quanto avvenuto, col DL 76, per i soli atti legati al covid.

E il governo tiene molto a questa modifica.

Va ricordato come il Consiglio di Stato, nella commissione speciale istituita per i decreti legislativi di attuazione della riforma Madia, avesse chiarito che il limite dei 18 mesi per il controllo postumo sulla "Scia" e per l'autoannullamento segnava un nuovo paradigma dell'autotutela, destinato a dare fiducia agli operatori e coerente con altri termini decadenziali.

Qual è allora il problema?

Il Consiglio di Stato ha spiegato che sarebbe stato opportuno chiarire che quel limite va applicato anche a provvedimenti che non sono formalmente definiti annullamento ma assumono la definizione di revoca, risoluzione o decadenza dai benefici. A tali espressioni infatti si ricorre impropriamente anche per indicare la reazione all'illegittimo conseguimento del titolo. Ma allora si tratta di annullamenti travestiti.

Il Consiglio di Stato ha dunque indicato la strada?

Sì. Ma per assicurare il necessario contemperamento fra la stabilità di titoli e benefici ottenuti dai privati e l'esigenza di controllo su autodichiarazioni fraudolente, lo stesso articolo 21-nonies della legge 241/ 90 ha stabilito che "i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti, o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato", possono essere annullate dall'amministrazione anche oltre la scadenza dei 18 mesi, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal capo VI del dpr 445 del 2000.

E perché tale “clausola” complica il quadro?

Perché le Pa e la giurisprudenza hanno progressivamente ridotto l'ambito di operatività del limite dei 18 mesi. Hanno cercato, per un verso, di spostare in avanti il dies a quo per la decorrenza del termine, e in parte ci sono riuscite. Inoltre hanno affermato che il vincolo della sentenza di condanna passata in giudicato non opera anche per le false rappresentazioni dei fatti. E soprattutto hanno fatto rientrare nel concetto di falsa rappresentazione dei fatti anche l'erronea ricostruzione e interpretazione del quadro normativo di riferimento.

Quindi il privato non rischia di perdere l'autorizzazione o un beneficio, anche economico, solo se dichiara deliberatamente il falso su un fatto oggettivo ma anche se si sbaglia a interpretare una legge?

Esatto. Ecco perché sono così pochi quelli che chiedono l'ecobonus, tanto per fare un esempio. Pa e giurisprudenza hanno poi utilizzato il richiamo alle sanzioni di cui al dpr 445 del 2000 per affermare che in ogni caso la dichiarazione non veritiera, cui viene sempre impropriamente equiparato il mero errore d'interpretazione del quadro normativo, determina la decadenza del beneficio. Una chiave di lettura aggravata dal fatto che il Dl 34 del 2020 ha inasprito le sanzioni per le false dichiarazioni, prevedendo anche la revoca dei benefici già ottenuti e addirittura l'interdizione da ulteriori benefici per i due anni successivi all'accertamento. Se questo inasprimento viene utilizzato anche per i meri errori su dati opinabili, e sganciato dall'elemento oggettivo del falso, i limiti all'autotutela diventano inutili.

Si può perdere tutto per un errore d'interpretazione.

Ed ecco perché a mio giudizio una figura dotata di straordinario senso strategico come il premier Draghi dovrebbe, di fronte a questo, blindare la scelta che si vorrà assumere in un contesto normativo chiaro e inequivoco, in modo che le amministrazioni di vigilanza, e gli stessi giudici, non abbiano spazi ricostruttivi diversi da quelli chiaramente tracciati. Nessuna misura di semplificazione potrà altrimenti convincere il privato, tranquillizzare operatori e investitori. In tanti hanno già subito o visto altri subire conseguenze sproporzionate e a volte drammatiche.

A suo giudizio, Draghi ha presente questa distorsione?

Confido che ne comprenda la gravità. Si vuole ridurre da 18 a 3 mesi il termine per il controllo postumo. Forse è un limite così ristretto da impedire effettivamente l'attività di verifica delle amministrazioni. Il termine può essere anche meno ravvicinato, basta che una volta trascorso, il privato sappia di poter vedere annullato tutto solo se ha consapevolmente dichiarato il falso. Dal legislatore serve probabilmente un lavoro di interpretazione autentica sulle norme della riforma Madia, che non lasci spazi di incertezza in cui può insinuarsi l'interpretazione

10 maggio 2021

imprevedibile del giudice amministrativo. Ma ripeto: più importante di ogni altra cosa sarebbe un dialogo proficuo tra le magistrature supreme in modo da meglio assicurare il rispetto dei confini fra i diversi poteri pubblici. Ivi compreso quello fra giudice e legislatore.

La rivoluzione è assai meno banale di quel che si pensa.

Ma è anche necessaria, se non vogliamo sprecare l'occasione irripetibile che abbiamo.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1684 – 21 aprile 2021

Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*

di Maria Alessandra Sandulli

1. La pandemia ha messo a dura prova, oltre alle nostre capacità di resistenza fisica, psicologica ed economica, le diverse espressioni del nostro sistema organizzativo e giuridico. L'attenzione è stata focalizzata soprattutto sul sistema sanitario e sui rapporti tra livelli istituzionali (Governo/Parlamento, Stato/Regioni e altri enti locali) e, di conseguenza, tra le fonti che, in modo alluvionale e talvolta contraddittorio, hanno cercato di far fronte alla diffusione e all'evoluzione del virus, rincorrendo un difficile e delicato bilanciamento tra le tutele dei diritti fondamentali (alla salute, alla vita, ma anche alla dignità e all'esercizio delle diverse libertà primarie).

Ma la pandemia ha messo a dura prova anche il nostro sistema giustizia, che è, a sua volta, essenziale per il funzionamento della società e per la tutela dei diritti umani e dei valori della democrazia. Fortunatamente, gli strumenti tecnologici e l'avvio, negli ultimi anni, del processo telematico, sono stati di grande aiuto.

Le risposte alle misure anti-contagio sono state però evidentemente diverse nei vari processi: basti soltanto pensare alla particolarissima importanza della prossemica nella valutazione delle testimonianze e delle deposizioni degli imputati.

Questo ciclo di incontri si profila dunque di massimo interesse.

Significativamente, il ciclo si apre con il processo amministrativo, offrendo così anche l'occasione per fornire elementi utili a riflettere sul ruolo del giudice amministrativo,

ciclicamente messo in discussione da parte di studiosi e forze politiche che, in una prospettiva che ho già ripetutamente criticato, propugnano un superamento del tradizionale sistema dualista disegnato dalle leggi di fine '800 e confermato dalla nostra Costituzione, per concentrare la tutela giurisdizionale nelle mani del giudice ordinario. Se possiamo ritenere ormai pacificamente acquisita, anche nei Paesi che non ne avevano tradizione, la “necessità” di un “diritto amministrativo” e di regole processuali specialistiche per la tutela contro la relativa violazione, non vi è, come noto, altrettanta omogeneità di vedute sulla opportunità di un modello dualista di giustizia amministrativa, ovvero sull'affidamento, in tutto o in parte, del sindacato giurisdizionale sugli atti e sui comportamenti delle pubbliche amministrazioni (e dei soggetti ad esse equiparati) a un plesso giurisdizionale “dedicato”, distinto dalla magistratura ordinaria, soprattutto laddove, in forza dell'estensione dell'ambito della giurisdizione esclusiva, ciò implichi una scissione della funzione di nomofilachia sui diritti, anche fondamentali.

La risposta che il nostro sistema di giustizia amministrativa ha dato alla pandemia offre, a mio avviso, una riprova che, ferma l'opportunità di superare alcune criticità, il giudice amministrativo costituisca una “risorsa” fondamentale per assicurare l'effettività della tutela nei confronti del potere amministrativo e la “giustizia nell'amministrazione”. Il problema, se mai, è opposto. Per assolvere al suo ruolo, il giudice amministrativo deve mantenere la sua peculiarità, che è e deve restare quella di impedire che gli atti amministrativi ingiustamente lesivi di posizioni giuridicamente tutelate producano effetti – evidentemente pregiudizievole anche per l'interesse generale alla “buona amministrazione” – e non deve cedere alle spinte verso una progressiva assimilazione al giudice ordinario (che è invece giudice della controversia), che, inevitabilmente pone il problema della ragionevolezza e della proporzionalità di una sostanziale duplicazione della stessa funzione. Per questa ragione, va nettamente stigmatizzata ogni tendenza a sostituire la tutela caducatoria con quella risarcitoria e a ridimensionare la tutela cautelare^[1].

Il tema è di massima attualità perché l'emergenza è gestita attraverso provvedimenti amministrativi (decreti, ordinanze, circolari, linee guida, e le più svariate forme di raccomandazioni, indirizzi, istruzioni, intese, moduli di autodichiarazione, ecc.), perché l'impatto economico della pandemia ha imposto e impone misure di sostegno e di rilancio dell'economia, che, a loro volta, richiedono autorizzazioni e controlli amministrativi, perché l'esigenza di disporre in tempi estremamente brevi di ulteriori strutture, presidi sanitari, strumenti di prevenzione, risorse umane e tecnologiche, mezzi di trasporto e molto altro deve essere soddisfatta mediante atti amministrativi.

La pandemia ha rilanciato “la centralità del pubblico” e, quanto più si espande l'autorità, tanto più è delicato e importante il sindacato sull'esercizio del potere^[2]: compito ancora più arduo in un sistema amministrativo estremamente complesso, nel quale si intrecciano e si sovrappongono e contrappongono svariati livelli e tipologie di competenze, portatrici di diversi e molteplici interessi, in un quadro normativo multilivello e notoriamente farraginoso, dove la confusione e l'incertezza sono aggravate dalla crisi della politica e dai problemi di legittimazione delle istituzioni rappresentative, alle quali, in ossequio al principio costituzionale della sovranità popolare, è affidato l'esercizio del potere normativo primario, fermo però il limite - tutt'altro che irrilevante – che, sempre per effetto della Costituzione, la sovranità nazionale incontra nel primato dell'Unione europea e il rispetto degli obblighi eventualmente assunti a livello internazionale o pattizio.

La necessità di valorizzare al massimo i finanziamenti disposti dall'Unione europea per fronteggiare l'eccezionale emergenza pandemica Covid-19 e i suoi drammatici effetti e di non perdere una eccezionale e irripetibile occasione di ri-partenza, trasformando il cd "debito buono" (perché consente investimenti idonei a determinare un'inversione di rotta verso una nuova crescita economica) in un irrecuperabile "debito puro" (che, per il suo straordinario ammontare, porterebbe inevitabilmente al tracollo del nostro Paese) impone, oggi più che mai, una "buona amministrazione" e, conseguentemente, un efficace sistema di controlli e di tutela giurisdizionale sull'operato dei soggetti – pubblici e privati – che devono in concreto assicurarla.

Il superamento della crisi sociale ed economica prodotta dalla pandemia è una "sfida epocale", che l'Italia deve assolutamente vincere.

E, tema sul quale da ormai diversi anni cerco di richiamare l'attenzione di politici, giudici, amministratori e studiosi, l'economia non può ripartire senza legalità e sicurezza, perché gli operatori e gli investitori hanno bisogno di poter fare affidamento su regole certe, irrinunciabile viatico per acquisire quella "prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie e delle altrui condotte" che consente di correre "in ragionevole tranquillità", direttamente o attraverso l'acquisto di beni o di quote societarie, i fisiologici (e dunque ineliminabili) "rischi d'impresa" di qualsiasi attività economica^[3]. Per queste ragioni ho ripetutamente stigmatizzato la "trappola" nascosta nelle norme di "pseudosemplificazione" che celano in realtà l'ingiusto trasferimento dalle amministrazioni ai privati delle responsabilità della ricerca e della lettura delle regole applicabili alle singole fattispecie^[4]. Ho quindi particolarmente apprezzato le parole con cui, nel Documento programmatico presentato il 17 febbraio scorso al Senato in occasione del voto di fiducia al nuovo Governo, il Presidente Draghi, con riferimento agli interventi per il Mezzogiorno, ha sottolineato che *"Sviluppare la capacità di attrarre investimenti privati nazionali e internazionali è essenziale per generare reddito, creare lavoro, invertire il declino demografico e lo spopolamento delle aree interne. Ma per raggiungere questo obiettivo occorre creare un ambiente dove legalità e sicurezza siano sempre garantite"*.

Il che – soprattutto in un quadro normativo come detto (e come noto) estremamente incerto, significativamente descritto come "labirinto", "alveare", o simili, tanto da aver indotto il legislatore a ridefinire in termini riduttivi gli ambiti della responsabilità erariale e dell'abuso d'ufficio^[5] – si traduce in un fortissimo carico di responsabilità per le istituzioni che, in virtù e in osservanza dei precetti costituzionali, devono, non soltanto controllare e giudicare l'effettiva correttezza dell'operato dei soggetti deputati alla cura degli interessi pubblici, ma anche, se non soprattutto, "guidarne" l'azione, per assicurarne, per quanto possibile, la "legalità" e, dunque, la "giustizia" (come disposto dall'art. 100 Cost.).

I nuovi finanziamenti possono e devono essere l'occasione per investire anche sul sistema giustizia (*recte*, sul "servizio giustizia"^[6]), perché "l'efficienza (della macchina) è *condicio sine qua non* (sebbene non anche *condicio per quam*) dell'effettività [in altro passaggio correttamente ridefinita come "efficacia"] (della tutela)" ^[7].

Per altro verso il sistema giustizia non può però permettersi "passi falsi" e deve, oggi più che mai, porsi, compatto e, in tutte le sue espressioni e punti di forza, "al servizio" del Paese, con lo stesso spirito e con la stessa "abnegazione" con cui lo hanno fatto e continuano a farlo i medici e gli operatori sanitari e lo hanno fatto e continuano a farlo gli assistenti sociali, gli insegnanti e tutti coloro che operano in settori che non hanno potuto "fermarsi". Nella stessa

linea, del resto, il 2 febbraio scorso, il nostro Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha rivolto un accorato, ma fermo, “appello a tutte le forze politiche presenti in Parlamento perché conferi[ssero] la fiducia a un governo di alto profilo che non debba identificarsi con alcuna formula politica” per fare “fronte con tempestività alle gravi emergenze non rinviabili”. E, come abbiamo sentito nella ricordata presentazione del Documento programmatico al Senato, lo stesso senso di responsabilità ha ispirato il Presidente Draghi e i nuovi Ministri e gli altri autorevoli componenti del nuovo staff governativo ad accettare l’incarico.

Lo spirito e, mi si consenta, l’“abnegazione” dimostrata dagli operatori sanitari e da tutti coloro che li hanno supportati devono essere invero, come è logico, richiesti a (e dimostrati da) chiunque opera per la tutela di diritti fondamentali e/o, direttamente o indirettamente, per la tutela di interessi generali, come è (rientrando a pieno titolo in entrambe le categorie) sicuramente quello a che l’organizzazione e l’esercizio dell’attività amministrativa, cui è oggi “affidata” l’attuazione (e in buona parte la stessa puntuale definizione) delle linee di contrasto della pandemia e del disegno di ripresa economica, sociale e culturale, siano, come detto, informati al massimo rispetto dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento[8], in linea con l’art. 97 Cost.[9] e con l’art. 41 della Carta di Nizza[10]. E dunque, *in primis*, agli organi di controllo dell’azione amministrativa[11] e ai giudici – plesso TAR-Consiglio di Stato – cui la Costituzione affida, in via generale, la tutela nei confronti dell’autorità amministrativa.

2. Da studiosa e da utente della giustizia amministrativa, posso convintamente affermare che la risposta del nostro ordinamento processuale amministrativo dinanzi a una situazione assolutamente straordinaria e fuori da ogni umana prevedibilità è stata oltremodo positiva.

Uno dei “punti di forza” del nostro processo amministrativo è infatti proprio la tutela cautelare, che costituisce il fulcro del sistema di garanzia contro l’esercizio del potere pubblico, il banco di prova della sua effettività, perché, come messo in evidenza dall’Unione europea nella Direttiva sui ricorsi in materia di contratti pubblici, una tutela è effettiva solo se l’ordinamento consente di impedire che gli atti assunti in violazione delle regole sostanziali producano i loro effetti.

Alla tutela cautelare il nostro codice processuale amministrativo ha dedicato ampio spazio, sapientemente bilanciando l’interesse del ricorrente alla cautela immediata con quello dell’amministrazione e dei controinteressati a prospettare gli argomenti a difesa dell’atto impugnato e dell’interesse pubblico di cui esso è portatore[12]. Rispondendo alle sollecitazioni delle istituzioni europee, il nostro legislatore ha introdotto un meccanismo di tutela cautelare super immediata per dare pronta risposta alle istanze di estrema gravità e urgenza che non possono trovare adeguata soddisfazione nei tempi, pur estremamente contratti, della trattazione collegiale. Si consente così una tutela cautelare monocratica, ammessa nei casi di massima urgenza addirittura *ante causam*, per il tempo necessario alla celebrazione della camera di consiglio per la decisione collegiale. Questo strumento, di cui i primi decreti legge della prima fase emergenziale hanno previsto un’applicazione generalizzata nel periodo della sospensione delle udienze, ha consentito alla giustizia amministrativa di non fermarsi mai e i giudici amministrativi, facendone tendenzialmente un utilizzo molto prudente, hanno sapientemente arginato il rischio (purtroppo presente nella

norma) che esso fosse strumentalizzato come valvola per un più facile accoglimento di istanze cautelari monocratiche non giustificate da una reale impossibilità di attendere il collegio.

Anche alla ripresa delle decisioni collegiali, la cautela monocratica ha comunque continuato a giocare un ruolo fondamentale per assicurare la tutela nel diritto dell'emergenza.

I conflitti tra i vari livelli istituzionali scatenati dalla congerie di provvedimenti emergenziali hanno infatti indotto in vari casi le stesse Amministrazioni a ricorrere al giudice amministrativo, domandandogli l'adozione di decreti monocratici, addirittura in presenza delle condizioni per adire la Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni. La ragione del fenomeno è verosimilmente da ravvisare non solo nella maggiore agilità della proposizione dell'azione, ma anche nel fatto che il giudice amministrativo riesce a concedere le misure cautelari in tempi più brevi rispetto a quelli di cui necessita, per la struttura attuale del giudizio, la Corte costituzionale. Una ricerca di una giovane studiosa^[13] ha posto in luce che, nella fase acuta della pandemia, il giudice amministrativo è stato investito con una straordinaria frequenza di ricorsi con richiesta di tutela cautelare immediata dallo Stato e dalle Regioni (dieci), proprio per l'urgenza di definire il conflitto sui provvedimenti per la gestione della crisi sanitaria incidenti, non solo sul riparto di attribuzione, ma anche su diritti e libertà fondamentali dei cittadini. Nella maggior parte dei casi, il giudice ha esaminato le istanze cautelari pronunciandosi con decreto monocratico. In un solo caso, per espressa richiesta da parte dell'Avvocatura dello Stato, direttamente definendo la questione nel merito con sentenza in forma semplificata.

Il modello della tutela cautelare di estrema urgenza per risolvere i conflitti tra i poteri pubblici nella gestione della pandemia è stato peraltro recentemente utilizzato, per la prima volta, dalla Corte costituzionale in relazione a un ricorso proposto, in via principale, dallo Stato contro una legge regionale. Il riferimento è alla nota pronuncia con cui la Corte (nelle forme dell'ordinanza collegiale) ha sospeso le disposizioni con cui la Regione Val d'Aosta aveva regolato l'apertura delle attività commerciali in termini meno restrittivi di quelli previste dalla legge statale^[14]. Il giudice costituzionale ha fatto appello alla competenza legislativa esclusiva in tema di profilassi internazionale e alla gravità e urgenza di far fronte al pericolo di contagio per bloccare gli effetti della legge regionale nelle more della sentenza di merito, pubblicata il 12 marzo scorso^[15].

Il modello utilizzato, come per i conflitti di attribuzione, è ricalcato sulla tutela cautelare nel processo amministrativo, confermandone la validità.

La buona risposta del nostro sistema processuale amministrativo alla pandemia non si è peraltro limitata alla tutela cautelare: le trattazioni collegiali sono state riaperte il 16 aprile, ma senza discussione e con un farraginoso meccanismo di scambi di mere difese scritte, che ha determinato non poche difficoltà applicative^[16].

Vi è stata però anche a questo riguardo una immediata e proficua cooperazione tra giudici, accademia e classe forense. Gli stessi giudici amministrativi hanno prontamente rilevato le criticità del contraddittorio cautelare coatto^[17], disponendo in vari casi il rinvio dell'udienza alla prevista riapertura estiva. Il discusso d.l. 28 del 30 aprile^[18] ha poi introdotto il nuovo modello delle trattazioni orali da remoto, avviato a decorrere dal 30 maggio e, salva la breve

riapertura delle udienze in presenza dal 1° agosto a fine ottobre (d.l. 37), tuttora unico modello operante tanto per le camere di consiglio quanto per le udienze di merito.

È innegabile che il susseguirsi di decreti, pareri, ordinanze, protocolli, linee indicative, direttive, non sempre univoci e non sempre attenti alle esigenze di tutte le parti ha creato incertezze e difficoltà applicative, alimentando dibattiti e critiche costruttive e, talvolta, anche serie preoccupazioni per gli scossoni che il nostro processo rischiava di ricevere sul piano dell'effettività.

Ma, alla fine, pur con i problemi tuttora creati dalla mal regolata commistione tra la discussione da remoto e la perdurante facoltà di depositare note scritte che nel modello originario dovevano sostituirla, il sistema sta funzionando. La discussione da remoto è lo strumento che consente la garanzia dell'oralità, fondamentale per le repliche alle eccezioni e controdeduzioni dell'ultima ora e per la necessaria interlocuzione diretta con il collegio. E con essa, la giustizia amministrativa, grazie all'organizzazione sul piano tecnologico e alla collaborazione di tutte le parti coinvolte (protocolli d'intesa con gli enti e le associazioni rappresentative dell'avvocatura) è riuscita a garantire un equo temperamento tra la tutela della salute (evitando il rischio di contagio) e un contraddittorio sostanzialmente completo, anche se, come più volte evidenziato, andrebbe rivisto e riordinato il sistema della "richiesta di discussione da remoto" e di deposito delle note scritte alternative alla discussione^[19] e, se vi fosse esigenza o opportunità di protrarre il modello^[20], si dovrebbe trovare una soluzione per garantire la pubblicità delle udienze di merito.

**Considerazione introduttive al Webinar Fondazione Occorsio – 12 aprile 2021 - La giustizia alla prova dell'emergenza*

[1] Si rinvia alle considerazioni svolte, da ultimo, in M.A. SANDULLI, *Cognita causa*, in *Giustizia insieme.it* 2020 e *Il giudice amministrativo come "risorsa" fondamentale per la "buona amministrazione"*, in corso di pubblicazione su *Questione giustizia.it* (fascicolo monotematico n. 1/2021 su *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*) e ivi ulteriori rinvii.

[2] Così G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia.it*, 2020

[3] M.A. SANDULLI, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in L. ANTONINI (a cura di) *La domanda inevasa: Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016: riflessioni ispirate anche dall'attenta indagine di G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015.

[4] M.A. SANDULLI, *La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020 e *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, ivi, 2020 e in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 3 ed., 2020.

[5] Cfr. i contributi presentati al webinar "*Abuso d'ufficio e responsabilità amministrativa: il difficile equilibrio tra legalità ed efficienza*", svoltosi il 13 luglio 2020, reperibili su *Lamministrativista.it*.

[6] Che la Corte costituzionale ha correttamente qualificato "*servizio pubblico essenziale*": sent. 171 del 1996.

[7] M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, *Rivista AIC*, n. 4/2014.

[8] M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, n. 3/2018; F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*,

in *giustizjainsieme.it*, 2020 e *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi.it*, n. 34/2020. Con specifico riferimento alla garanzia di una tutela effettiva nel processo amministrativo durante l'emergenza Covid-19, si vedano, *ex multis*: M.A. SANDULLI, *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, in *giustizjainsieme.it*, 2020; F. FRANCIOSI, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa: le nuove misure straordinarie per il processo amministrativo*, *ivi*, 2020; L'emergenza coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo, *ivi*, 2020; R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, *ivi*, 2020. Si vedano inoltre i vari webinar intervenuti sul tema, per tutti: "Processo amministrativo e COVID-19", svoltosi nell'aprile 2020 (<https://youtu.be/qv33zNnY6I8>); L'emergenza COVID 19 e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro" svoltosi a luglio 2020 (<https://youtu.be/8fBPo-RfN8s>); "Il processo nell'emergenza pandemica" organizzato dall'Università LUM e svoltosi a settembre 2020 (<https://youtu.be/E9zYR-JrBLs>).

[9] Cfr. per tutti C. PINELLI, *Articolo 97, Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca - A. Pizzorusso, Bologna - Roma, 1994, 31 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione* in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni: la qualità della vita 60 anni dopo*, Napoli, 2008, 119 ss.; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 31 ss.; e i contributi di G. CORSO, L. ANTONINI e M.R. SPASIANO, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit. e di A. MASSERA e M.R. SPASIANO, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[10] Cfr. per tutti F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 220 ss e *ivi* per ulteriori riferimenti.

[11] I limiti di questo scritto non consentono di occuparsi anche di tali profili, ma un discorso generale sulla buona amministrazione non può evidentemente prescindere dall'importanza delle funzioni di controllo affidate alla Corte dei conti e opportunamente valorizzate dalla Corte costituzionale. Su di esse, si veda del resto l'intervento del Premier Draghi all'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei conti (21 febbraio 2021).

[12] Rinvio a M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.* 2010.

[13] S. TRANQUILLI, *Ai più importanti bivi non c'è segnaletica. I conflitti Stato-Regioni tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Rivista AIC*, 2021.

[14] Su cui cfr. *inter alia* i commenti di E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, in *Giustizia insieme.it*, 2021; R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi*, in *Federalismi.it*, 2021; E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osserv. AIC*, 2021.

[15] Su cui si rinvia agli interventi svolti nel webinar organizzato dal Centro Interdisciplinare di Studi sul Diritto Sanitario il 12 aprile scorso, reperibili sul sito del Centro (Cesdirsan.it).

[16] Cfr. M.A. SANDULLI, *Covid-19 fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, in *Giustizia insieme*, 2020.

[17] Cfr. gli interventi al webinar del 24 aprile 2020 su "Processo amministrativo e Covid-19", liberamente ascoltabile su youtube, e le ordinanze Sez. VI, 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539, su cui anche C. VOLPE, *Pandemia, processo amministrativo e responsabilità elettive*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

[18] G. VELTRI, *Il processo amministrativo. L'oralità e le sue modalità in fase emergenziale: "tutto andrà bene"*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

[19] V. SORDI, *La disciplina giurisprudenziale del processo amministrativo nell'emergenza Covid*, in *Giustizia insieme.it*, 2021.

[20] M. LIPARI, *Fase 2'. I giudizi camerali nel processo amministrativo, oltre la legislazione dell'emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1757 – 31 maggio 2021

Incostituzionalità dell'interpretazione analogica “creativa” *in malam partem* (nota a Corte cost. 14 maggio 2021 n. 98)

di Maria Alessandra Sandulli

Sommario: 1. La rilevanza della sentenza per il diritto amministrativo - 2. I principi di diritto affermati dalla Corte costituzionale - 3. La questione all'esame della Consulta - 4. Conclusioni.

1. La rilevanza della sentenza per il diritto amministrativo.

Con la sentenza n. 98, pubblicata il 14 maggio scorso, la Corte costituzionale (Presidente Coraggio, redattore Viganò) ha segnato un importante punto fermo sulla delimitazione dei confini tra potere giurisdizionale e potere legislativo, quanto meno in ambito sanzionatorio.

Il tema è evidentemente di massimo interesse anche per il diritto amministrativo sotto diversi profili.

La prima, di più immediata evidenza, è data dalla progressiva estensione dell'ambito delle “pene amministrative”: oltre all'aumento delle sanzioni pecuniarie per effetto del processo di depenalizzazione degli illeciti contravvenzionali (a partire dalle leggi n. 317 del 1967, 706 del 1975 e, soprattutto, 689 del 1981, seguite da vari interventi successivi, come il d.lgs. n. 8 del 2016), si assiste invero a una proliferazione di sanzioni interdittive^[1] (categoria nella quale evidentemente rientra anche la sottospecie – dai confini estremamente labili e incerti - dell'incapacità di contrarre con le pubbliche amministrazioni di chi si sia reso responsabile di precedenti illeciti o di falsità o omissioni dichiarative) e di misure eccezionalmente ostative

alla fruibilità delle regole generali a tutela del legittimo affidamento in forza di pretese violazioni dell'obbligo di "autoresponsabilità" dichiarativa (come quelle previste dal comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990 s.m.i. per l'operatività del limite temporale di esercizio del potere di annullamento d'ufficio degli atti di autorizzazione e di ammissione a vantaggi economici e del potere di controllo postumo sulla s.c.i.a.).

La seconda è la tendenza - troppe volte purtroppo vanamente criticata - della giurisprudenza amministrativa a debordare dai confini dell'interpretazione, per esercitare, in inaccettabile concorso con il legislatore, una vera e propria funzione "creativa" di *regulae iuris*, anche *in malam partem*^[2] e la denunciata "ritrosia" della Corte di cassazione a rilevare l'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore.

Il tema assume peraltro massima attualità e importanza in un momento in cui vi è assoluto bisogno di assicurare "certezza" ai cittadini e agli operatori economici, quantomeno sulle conseguenze giuridiche dei loro comportamenti. Perché, come ho cercato ripetutamente di segnalare, non si può sperare in una ripresa economica in un sistema che continua a tessere "trappole" e incertezze, esponendo i cittadini e gli operatori economici al costante rischio di una "riscrittura giurisprudenziale" *in malam partem* di disposizioni ambigue - e dunque interpretabili in buona fede anche in senso diverso e più favorevole all'agente - o, addirittura, caratterizzate da un dettato letterale assolutamente chiaro, stravolto dal giudice solo perché ritenuto "irragionevole" ^[3]. È emblematica, per tutti, la giurisprudenza sui richiamati limiti temporali al potere dell'amministrazione di rimuovere i propri atti (o dichiarare l'inefficacia delle s.c.i.a.) per vizi originari di legittimità, la quale, per un verso, propone indebite interpretazioni estensive delle eccezioni (come tali di stretta interpretazione) alla regola generale di consumazione del potere alla scadenza del termine stabilito dalla legge (nel 2015, 18 mesi, ora ridotti a 12^[4] e, per gli atti legati al Covid-19, addirittura a 3^[5]) per presunti "falsi o mendaci" dei soggetti istanti o segnalanti e, per l'altro verso, a fronte di una disposizione che inequivocabilmente individua il *dies a quo* per la decorrenza del termine nell'adozione del provvedimento originario, senza distinguere tra provvedimenti già adottati e provvedimenti successivi all'entrata in vigore della norma, lo ha, dopo qualche iniziale (e più corretta) interpretazione *secundum litteram*, prevalentemente posticipato a quest'ultima data e, in alcune pronunce, ne ha addirittura negato - *contra legem* - l'applicazione ai provvedimenti adottati prima della novella^[6]. E non sono certamente meno gravi le interpretazioni estensive delle ipotesi di illecito ostative alla stipula di contratti pubblici (esemplari, per tutte, la confusione, opportunamente fermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, tra false dichiarazioni e dichiarazioni erronee o reticenti e l'assimilazione analogica del rappresentante del socio unico persona giuridica al "socio unico persona fisica") o, con riferimento a una materia di confine tra il diritto amministrativo e il diritto penale, le interpretazioni estensive del concetto di attività edilizia senza titolo, mediante un'indebita attrazione in tale ipotesi di illecito delle attività realizzate in base a titolo illegittimo^[7].

2. I principi di diritto affermati dalla Corte costituzionale.

Merita dunque grande attenzione e massimo apprezzamento la sentenza in epigrafe, nella quale il Giudice delle leggi ha, giustamente, messo in relazione il principio di stretta legalità delle pene enunciato dall'art. 25, co. 2, Cost. (operante, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale^[8] e sovranazionale^[9], per tutte le misure afflittive, a prescindere dalla

“etichetta” data loro dai singoli ordinamenti) e “l’imperativo costituzionale, rivolto al legislatore, di «formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell’intellegibilità dei termini impiegati» (sentenza n. 96 del 1981)”, ravvisando nel divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice “l’ovvio *pendant*” del suddetto “mandato costituzionale di determinatezza della norma incriminatrice” e sottolineando come la Corte abbia “recentemente rammentato che «l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018)”.

Si evidenzia pertanto che l’imperativo dell’art. 25, co. 2, cit. “mira anch’esso a «evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito» (sentenza n. 327 del 2008), nonché quelli tra le diverse fattispecie di reato; ma, al tempo stesso, mira altresì ad assicurare al destinatario della norma «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta (così, ancora, la sentenza n. 327 del 2008, nonché la sentenza n. 5 del 2004)”. In questa prospettiva, la sentenza ha stigmatizzato il giudice rimettente, che, “nel procedere alla qualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio (*omissis*) omette di confrontarsi con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo: canone affermato a livello di fonti primarie dall’art. 14 delle Preleggi nonché – implicitamente – dall’art. 1 cod. pen., e fondato a livello costituzionale sul principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) (sentenza n. 447 del 1998)”. La Corte ha dunque affermato in termini molto netti che “Il divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”. Dopo aver rimarcato la valenza generale del principio, anche negli altri ordinamenti, confermata dal richiamo alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, la sentenza ha, ancora, ribadito che “Il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale” (significativamente richiamando, in particolare, accanto alle sentenze n. 96 del 1981 e n. 34 del 1995, anche la sentenza n. 121 del 2018, con riferimento alle sanzioni amministrative di carattere punitivo), mettendo specificamente e molto opportunamente in luce il fatto che tali corollari sono “posti a tutela sia del principio “ordinamentale” della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti (ordinanza n. 24 del 2017), nonché – evidentemente – tra le diverse figure di reato; sia della garanzia “soggettiva”, riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d’azione (sentenza n. 364 del 1988)”. E ha significativamente aggiunto che la *ratio* della

riserva assoluta di legge in materia penale (da intendersi, come detto, riferita anche alle sanzioni amministrative) verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge, sottolineando come la richiamata garanzia soggettiva che il suddetto mandato costituzionale di determinatezza della legge penale vuole assicurare a ogni consociato sarebbe evidentemente svuotata laddove fosse consentito al giudice “assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura”.

3. La questione all'esame della Consulta.

La questione portata alla Consulta, pur legata a un dubbio di incostituzionalità di una norma processuale (art. 521 c.p.c.), investiva, indirettamente, l'applicabilità dell'art. 572 cod. pen. - che prevede un regime sanzionatorio delle condotte abusive nei confronti delle “persone della famiglia” più grave rispetto a quello contemplato dall'art. 612-bis, co. 2, dello stesso codice per le condotte commesse a danno di persona «legata da relazione affettiva» all'agente - anche alle persone “conviventi” con l'autore del reato^[10]. Di fronte al chiaro riferimento della fattispecie criminosa descritta dal richiamato art. 572 alle “persone della famiglia”, il Garante della Costituzione, sulla scorta delle considerazioni sopra riportate, ha dunque correttamente ritenuto “il pur comprensibile intento, sotteso all'indirizzo giurisprudenziale cui il rimettente aderisce, di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi, deve necessariamente misurarsi con l'interrogativo se il risultato di una siffatta interpretazione teleologica sia compatibile con i significati letterali dei requisiti alternativi «persona della famiglia» e «persona comunque [...] convivente» con l'autore del reato”, mettendo in luce come essa si sostanzierebbe in una interpretazione analogica della norma punitiva a sfavore dell'autore della condotta sanzionata: “una interpretazione magari sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, sulla base delle ragioni ampiamente illustrate dal rimettente, ma comunque preclusa dall'art. 25, secondo comma, Cost”. La Corte ha conseguentemente ritenuto che il mancato confronto con le implicazioni del divieto costituzionale di applicazione analogica della legge penale in senso sfavorevole al reo in relazione al caso di specie si traducesse in una carenza di motivazione sulla rilevanza delle questioni prospettate, implicandone l'inammissibilità (da ultimo, sentenza n. 57 del 2021).

In estrema sintesi, la “giustizia sostanziale” nei confronti della vittima, in nome della quale la Suprema magistratura penale (nelle numerose pronunce richiamate dal giudice remittente e citate nella sentenza in commento) ha ritenuto che l'ipotesi di reato descritta dall'art. 572 c.p. possa comprendere anche le condotte abusive nei confronti della persona convivente, non è dunque un elemento sufficiente a superare (*recte*, violare) il limite di stretta legalità e chiara prevedibilità nel quadro legislativo stabilito dall'art. 25, co. 2, Cost. e il principio di separazione dei poteri. Analogamente, e a più forte ragione, il richiamo alla “ragionevolezza” e alla pretesa esigenza primaria di tutela dell'interesse pubblico non possono giustificare una lettura “creativa” *in malam partem* di norme amministrative a contenuto sanzionatorio.

4. Conclusioni.

Si tratta, come anticipato in apertura, di un principio molto importante per la certezza del diritto e per la tutela dei confini tra i poteri voluta dalla nostra Costituzione: un'importanza tanto maggiore nel momento in cui, proprio all'esito della nota sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno, come noto, investito la Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione dell'ambito di operatività del ricorso alle Sezioni Unite contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per "soli motivi inerenti alla giurisdizione". Come evidenziato in sede di commento all'ordinanza di rinvio al Giudice sovranazionale^[1], la posizione di "chiusura" della Corte costituzionale era stata in quell'occasione verosimilmente determinata dalla prospettazione della questione in termini di derogabilità al limite di sindacato delle Sezioni Unite sul potere di "interpretazione" del giudice amministrativo, sul presupposto – a mio avviso non condivisibile – che il confine tra "creazione" e "interpretazione" non sia di fatto mai tracciabile. Ora, quantomeno per le norme penali chiare, la Corte costituzionale ha smentito questo assunto ed è quindi auspicabile che anche la Corte regolatrice della giurisdizione apra finalmente la strada, almeno nei casi limite della giurisprudenza creativa *in malam partem*, all'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore.

[1] Categoria estesa, *inter alia*, dal codice dei contratti pubblici, dal d.lgs. n. 231 del 2001 e dall'art. 264 del d.l. n. 34 del 2020 (su cui v. La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste", in Giustizia insieme, giugno 2020.

[2] Mi si consenta il rinvio, anche per i richiami alla dottrina e alla giurisprudenza, *inter alia*, alle considerazioni svolte in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 2017; *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?*, in *Riv. giur. ed.*, 3/2018, 687 e ss; *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 e ss.;

Conclusioni di un dibattito sul principio della certezza del diritto, in M.A. SANDULLI, F. FRANCIOSI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, 305 e ss.; 27; *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, e in *giustizia-amministrativa.it*, 2019; *Autodichiarazioni e dichiarazione "non veritiera"*, in *Giustiziainsieme*, ottobre 2020; *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziainsieme*, novembre 2020.

[3] *Basta norme-trappola sui rapporti tra privati e p A o il Recovery è inutile*, Intervista a *Il dubbio*, 7 maggio 2021, leggibile anche su *Giustiziainsieme*, maggio 2021, e *Sanità, misure abilitanti generali sulla semplificazione e giustizia*, Intervento al webinar AIPDA su *Next Generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 28 aprile 2021, in corso di pubblicazione sul sito AIPDA.

[4] Art. 63 del d.l. semplificazioni approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 maggio scorso.

[5] Art. 264 del d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito, senza modificazioni *in parte qua*, nella l. n. 77 del 18 luglio.

[6] Cfr. C. DEODATO, *Annulamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, 2 ed., Milano, 2017 e M. SINISI, *Autotutela* in M.A. SANDULLI (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 3 ed., Milano, 2020.

[7] M.A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia*, cit..

[8] A partire dalla sentenza n. 196 del 2010, seguita dalla sentenza n. 104 del 2014. Sull'applicabilità alle sanzioni amministrative delle garanzie di stretta legalità, proporzionalità, irretroattività e *favor rei* previste per le sanzioni penali (su cui cfr. già M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Studi preliminari*, Napoli, 1981 e *Le sanzioni amministrative pecuniarie, Principi sostanziali e procedurali*, Napoli 1983), v., tra le più recenti, Corte cost., sentt. nn. 20 e 63 del

2019 e ord. n. 117 del 2019, su cui cfr., anche per ulteriori richiami, E. BINDI e A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, novembre 2019. Per una sintesi dell'evoluzione giurisprudenziale sulle sanzioni amministrative e per i richiami alla bibliografia essenziale, cfr. da ultimo, S. CIMINI, *Sanzioni amministrative*, Treccani on-line 2019.

[9] A partire dalla nota sentenza della Corte EDU Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel. c. Paesi Bassi, seguita dalle altrettanto note sentenze 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania, 27 settembre 2011, Menarini Diagnostic c. Italia, e 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia. La posizione è stata pacificamente abbracciata anche dalla Corte di Lussemburgo: cfr. da ultima, la sentenza della Grande Sezione 2 febbraio 2021, in C-489/19, sulla questione sollevata dalla Corte costituzionale nella citata ord. 117 del 2019 (e definita dalla sentenza n. 84 del 2021). Sull'ampia nozione di sanzione penale (afflittiva) secondo la Corte EDU, cfr., tra gli scritti più recenti, M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017)*, in *federalismi.it*, aprile 2018; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, 3 ed., Torino, 2018; nonché lo stesso F. VIGANO', *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs legalità "convenzionale"*, in Atti del convegno su *"Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità"*, BUP, 2017, 9 ss, il quale rileva come "i due fasci di garanzie sottesi alla legalità penale di fonte, rispettivamente, costituzionale e convenzionale, non debbano essere considerati come antinomici, ma piuttosto come complementari, alla luce del criterio della *massimizzazione delle garanzie dei diritti fondamentali* che deriva dalla combinazione tra Costituzione e carte internazionali dei diritti, prima fra tutte la Convenzione europea; e che, pertanto, l'impatto del principio di legalità europeo sul sistema penale italiano comporti in linea di principio un *innalzamento complessivo del livello di tutela dell'individuo* nei confronti della potestà punitiva statale, rispetto al livello ricavabile dalla sola Carta costituzionale" (p. 11)..

[10] In particolare, come riporta la sentenza in commento, secondo il giudice remittente, "una tale interpretazione sarebbe, anzi, l'unica compatibile con l'art. 3 Cost., dal momento che sarebbe «irragionevole tutelare la vittima di mortificazioni abituali allorquando sia legata da vincoli fondati sul matrimonio, anche in quei casi in cui il rapporto sia ormai sgretolato e indebolito nella sua capacità di condizionare la vittima», e «non tutelare, invece, la vittima di mortificazioni abituali che avvengono in contesti affettivi non suggellati da scelte formali, ma caratterizzati comunque dalla attuale condivisione di spazi e progetti di vita che condizionano fortemente la capacità di reagire della vittima». Del resto, le altre ipotesi previste dall'art. 572 cod. pen. (sottoposizione ad autorità o affidamento per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza, custodia, ovvero esercizio di una professione o di un'arte) prescinderebbero tutte dall'elemento della convivenza".

[11] *Guida alla lettura*, cit

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1781 – 8 giugno 2021

I termini del procedimento (sanzionatorio) presi sul serio (nota a Cons Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584).

di Andreina Scognamiglio

Sommario: 1. Il fatto. – 2. I termini nei procedimenti sanzionatori dell’Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente. – 3. La perentorietà cedevole dei termini per la conclusione della fase preistruttoria. - 4. Natura ordinatoria o natura perentoria del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio: il contrasto interno alla giurisprudenza della sesta sezione. – 5. I rimedi all’inosservanza del termine. – 6. Lo stato della giurisprudenza del giudice ordinario. - 7. Conclusioni.

1. **Il fatto.** Con delibera del 13 marzo 2014, l’Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (A.R.E.R.A.) aveva avviato nei confronti della Sinergas s.r.l. un procedimento per l’accertamento di varie violazioni della normativa in materia di qualità dei servizi di distribuzione e misura del gas.

All’esito dell’istruttoria, con delibera del 18 gennaio 2018, era stata poi irrogata alla Società la sanzione amministrativa pecuniaria di 20.000 euro.

Sulla vicenda di fatto che si caratterizza per la durata del procedimento sanzionatorio di oltre millequattrocento giorni, laddove la stessa Autorità nella delibera di avvio del procedimento aveva indicato il termine massimo di 270 giorni, si innesta la sentenza del Consiglio di Stato che si segnala per l’argomentata e meditata soluzione del problema del termine per provvedere, della sua natura e delle conseguenze dell’inosservanza.

Nel ricorso in primo grado e poi in appello la Società aveva invero sollevato molteplici censure contestando sotto più profili la legittimità del provvedimento sanzionatorio.

Sugli aspetti di merito della vicenda è però superfluo soffermarsi perché tutta la sentenza ruota intorno al motivo della inosservanza del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio che nella economia della decisione assume dunque carattere assorbente.

2. I termini nei procedimenti sanzionatori dell’Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente. La sentenza ricostruisce puntualmente la disciplina del procedimento sanzionatorio di competenza dell’A.R.E.R.A. quale risulta dall’art. 45, comma 6, del d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93 e dal Regolamento adottato dall’Autorità con delibera 14 giugno 2012, n. 243 poi modificato, in epoca successiva ai fatti di causa, con delibera 1° giugno 2017, n. 388/2017/E/com.

Nel quadro dei principi tracciato dall’art. 45, comma 6 (piena conoscenza degli atti istruttori, contraddittorio in forma scritta e orale, verbalizzazione e separazione tra funzioni istruttorie e decisorie) la normativa secondaria articola il procedimento in una fase preistruttoria e in una fase istruttoria. La prima è rivolta all’acquisizione di ogni elemento utile ai fini di un eventuale avvio di procedimento sanzionatorio. Se elementi utili emergono, la fase preistruttoria si conclude con la notifica della contestazione.

I possibili esiti della fase istruttoria, in contraddittorio, sono invece quelli della archiviazione o della adozione della sanzione.

Per quanto riguarda i termini, l’art. 45, comma 6 del d.lgs. 93 del 2011 prescrive che la prima fase del procedimento debba concludersi con la notifica degli estremi della violazione, “entro centottanta giorni”.

Il termine per la conclusione della seconda fase del procedimento non è invece stabilito né dalla norma primaria né dal Regolamento adottato dall’Autorità con deliberazione 14 giugno 2012, n. 243 nella versione in vigore all’epoca dello svolgimento dei fatti^[1]. In assenza di esplicita previsione di portata generale, il termine da prendere a riferimento è pertanto quello che la stessa Autorità è tenuta comunque a stabilire, in ottemperanza al disposto dell’art. 8, comma 2, lett. c bis) della l. 241 del 1990, tenendo conto della complessità del procedimento e a comunicare alle parti nella contestazione degli addebiti.

3. La perentorietà cedevole dei termini per la conclusione della fase preistruttoria. La sentenza che qui si annota esamina approfonditamente natura ed effetti della mancata osservanza del secondo termine, quello per l’adozione del provvedimento sanzionatorio, che nel caso di specie era stato violato.

Tuttavia la sentenza prende anche posizione su varie questioni che riguardano il termine per la comunicazione delle contestazioni. In primo luogo quella della sua decorrenza. La precisazione non è del tutto banale. L’art. 45, comma 6, d.lgs. 93 del 2011 è lacunoso sul punto, limitandosi ad affermare che “la notifica degli estremi della violazione deve avvenire

entro centottanta giorni”. Correttamente la sentenza individua nello “accertamento dei presupposti per l’avvio del procedimento” il *dies a quo* per il computo dei centottanta giorni. Si affretta poi a chiarire che “la sussistenza degli elementi necessari per ritenere configurabile una condotta illecita è rimessa alla valutazione discrezionale dell’amministrazione, non potendosi prevedere una casistica che a fronte dell’eterogeneità e complessità delle diverse ipotesi sclerotizzi detta scelta. Sicché, fatto salvo un sindacato di eccesso di potere sulla sua scelta, è l’Autorità a fissare il momento in cui ritiene compiuto il detto accertamento preliminare”. La sentenza aderisce dunque, sia pure nell’ambito di un mero *obiter dictum*, ad un orientamento che è condiviso anche dalla giurisprudenza civile spesso chiamata a pronunciarsi sulla questione con riferimento ai procedimenti sanzionatori di Consob e Banca d’Italia. Il giudice ordinario di merito e di legittimità [2] assume che l’accertamento, da cui decorre il termine per la notifica della contestazione degli addebiti, non debba essere riferito alla percezione dei fatti nella loro materialità, ma debba riguardare piuttosto la violazione delle norme per le quali è prevista l’irrogazione di sanzioni amministrative. Partendo poi dalla considerazione che quest’ultima attività, di verifica dei presupposti, può richiedere un’istruttoria e valutazioni anche complesse, la giurisprudenza fa poi coincidere la data dalla quale deve farsi decorrere il termine per la notifica della contestazione con il momento nel quale, ragionevolmente, la constatazione del fatto avrebbe potuto tradursi in accertamento, secondo il prudente apprezzamento del giudice di merito.

Il termine per notifica degli addebiti è dunque perentorio, ma si tratta di una perentorietà cedevole perché poggia sulle sabbie mobili di una valutazione riguardo al compiuto accertamento della violazione di una norma e dunque all’individuazione del *dies a quo* che, pur se soggetta a sindacato[3], è rimessa in prima battuta alla stessa amministrazione procedente[4],

4. Natura ordinatoria o natura perentoria del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio: il contrasto interno alla giurisprudenza della sesta sezione. Se sul problema della natura del termine di conclusione della fase preistruttoria la sentenza si limita dunque a richiamare precedenti che possiamo definire consolidati della giurisprudenza amministrativa e ordinaria, argomentata e meditata è la posizione che la sesta sezione adotta riguardo al problema della qualificazione del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio affidato alla competenza di A.R.E.R.A.

Sulla questione, la sentenza segnala un contrasto interno proprio alla sezione sesta laddove le altre sezioni del Consiglio di Stato sono univocamente orientate nel senso della natura perentoria del termine per adottare il provvedimento di chiusura del procedimento sanzionatorio. Proprio in relazione a detta circostanza e considerato anche che il contenzioso relativo alla Autorità di Regolazione per l’Energia le è per intero affidato, la Sezione ritiene di poter sciogliere essa stessa il contrasto anziché rimettere la questione alla Plenaria.

La Sezione rileva dunque un’oscillazione della propria giurisprudenza.

La linea di discrimine tra l’uno e l’altro orientamento è marcata dal ruolo assegnato al principio di legalità.

Secondo una prima impostazione, il carattere perentorio del termine procedimentale deve trovare fondamento espresso nel dettato normativo per la ragione che lo spirare del termine implica decadenza ed incide direttamente sulle situazioni soggettive degli interessati. In mancanza di una previsione normativa espressa, dunque, il termine finale del procedimento sanzionatorio, ancorché individuato da regolamenti o delibere generali dell'Autorità, avrebbe valore solo ordinatorio con la conseguenza che la mancata osservanza non incide in alcun modo sulla legittimità dell'atto[5]. Il potere sanzionatorio, inteso come potere di esigere la sanzione, incontrerebbe dunque il solo limite della prescrizione quinquennale sancito dall'art. 28 della l. 689 del 1981.

In non rare occasioni la sesta sezione ha invece aderito all'altro orientamento per il quale la tesi della natura ordinatoria dei termini procedimentali non espressamente qualificati come perentori da una norma, se è valida in line generale, non è però applicabile ai provvedimenti sanzionatori. Rispetto a questa categoria di procedimenti, i termini assumerebbero sempre un valore perentorio, a prescindere da un'espressa qualificazione normativa siccome imposto dal principio di effettività del diritto di difesa dell'incolpato e dal principio di certezza dei rapporti giuridici[6].

La sentenza in esame scioglie dunque il contrasto a favore della seconda delle tesi sopra sintetizzate. Gli argomenti addotti a sostegno sono molteplici e coinvolgono temi assolutamente centrali quali quello del ruolo dell'interprete e del significato del principio di legalità.

Il ruolo dell'interprete, che non è quello di mero esegeta, consente di prescindere da una qualificazione normativa espressa. In materia di sanzioni, la natura perentoria o meno del termine dai principi può essere argomentata dai principi di effettività del diritto di difesa, di certezza dei rapporti giuridici[7], di piena realizzazione dell'effetto dissuasivo della sanzione che esige anch'esso un lasso temporale il più possibile ristretto tra la contestazione della violazione e l'adozione del provvedimento sanzionatorio. Tutti detti principi cooperano nel senso della perentorietà del termine.

Accanto a quelli sopra richiamati, pure il principio di legalità, nella sua accezione sostanziale, autorizza a rintracciare il fondamento del carattere perentorio del termine di conclusione del procedimento in atti di normazione secondaria di carattere generale o anche in atti puntuali quali la delibera di avvio del procedimento laddove, come nel caso del procedimento sanzionatorio, nel senso della perentorietà congiurano i principi generali sopra richiamati.

5. I rimedi all'inosservanza del termine. Affermata la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, anche in mancanza di una previsione normativa espressa, la sentenza affronta un ulteriore e delicato problema che è quello delle conseguenze della sua violazione.

Sul versante dei rimedi e delle tutele la sentenza prende in considerazione varie alternative. La prima è quella dell'azione avverso il silenzio. Correttamente si avverte che l'azione non sarebbe utilizzabile nella sua forma classica per ottenere la condanna dell'amministrazione a provvedere. Ed è chiaro che la condanna a chiudere il procedimento sanzionatorio con un provvedimento espresso di qualsiasi contenuto non risponde in alcun modo all'interesse

dell'amministrato che è evidentemente quello di non subire la sanzione. E' invece rispondente all'interesse del ricorrente lo strumento della azione atipica di accertamento dell'inutile decorso del termine per provvedere con una sentenza che ponga quindi fine alla situazione di incertezza e agli effetti pregiudizievoli che sono legati alla mera pendenza del procedimento (quali le eventuali misure cautelari adottate dalla amministrazione procedente o il danno reputazionale). L'apertura è di notevole interesse anche nella prospettiva, invero non affrontata dalla sentenza, dell'utilizzo del rito speciale avverso il silenzio per ottenere l'accertamento della mera decorrenza del termine e dunque dell'esaurimento del potere.

La seconda ipotesi che la sentenza prende in considerazione per poi respingerla, o meglio per sminuirne il rilievo, è quella della tutela risarcitoria. La circostanza che qui si contesta la violazione di una regola di comportamento da parte dell'amministrazione procedente non avvalorava la tesi della adeguatezza della tutela risarcitoria quale forma esclusiva di ristoro del soggetto che ha subito la lungaggine del procedimento. Si avverte che la stessa contrapposizione tra regole di validità e regole di comportamento ha poco senso nel diritto amministrativo dove la violazione delle regole comportamentali che scandiscono l'agire della pubblica amministrazione comporta pacificamente l'illegittimità dell'atto per violazione di legge e/o eccesso di potere e quindi il suo annullamento.

La tutela di risarcimento del danno subito per effetto del mancato rispetto del termine finale è dunque percorribile, ma non in via esclusiva. Solo il rimedio dell'azione costitutiva di annullamento è infatti tale ad assicurare piena ed effettiva tutela al soggetto leso dal provvedimento sanzionatorio tardivo.

La violazione della regola che stabilisce il termine entro il quale deve essere adottato il provvedimento sanzionatorio comporta dunque l'invalidità del provvedimento e, in particolare la sua annullabilità.

In conclusione, i passaggi dell'iter argomentativo della sentenza meritevoli di attenzione sono due: l'affermazione della natura perentoria del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, anche in mancanza di una qualificazione normativa espressa; l'idea dell'idoneità dell'azione di annullamento, e non di altri rimedi, ad assicurare all'amministrato la piena tutela della lesione subita per effetto del provvedimento sanzionatorio adottato in violazione della regola che impone alla amministrazione di concludere il procedimento entro un termine certo.

6. Lo stato della giurisprudenza del giudice ordinario. La pronuncia in esame opera dunque il definitivo assestamento della giurisprudenza amministrativa sui due aspetti sopra evidenziati, natura del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio ed effetti della sua inosservanza, e ne offre una sintesi efficace.

Un utile esercizio può a questo punto essere quello di sovrapporre le conclusioni cui la sentenza perviene con gli orientamenti che sulle medesime questioni ha maturato la giurisprudenza del giudice ordinario. Ne risultano, come possiamo subito ad argomentare, differenze notevoli che sarebbe opportuno ricomporre. La materia dei provvedimenti sanzionatori, e in particolare quella del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti, è spartita tra i due plessi giurisdizionali [8] e pertanto ogni divergenza nella

soluzione di problemi che si presentano in termini identici, salvo l'imputazione del provvedimento sanzionatorio ad autorità diverse, risulta poco comprensibile.

Sul versante del giudice civile, civile il leading case risale alla pronuncia delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, 30 settembre 2009, n. 20929[9] alla quale la giurisprudenza successiva si è conformata.

La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità, o meno, del provvedimento sanzionatorio emesso dalla Consob oltre il termine finale di 180 giorni dalla notificazione della lettera di contestazione degli addebiti, rovescia i termini della questione.

Il problema non è quello della natura perentoria o meramente ordinatoria del termine.

La qualificazione del termine è in qualche modo irrilevante ai fini della questione della legittimità o meno del provvedimento sanzionatorio tardivo.

Secondo l'interpretazione seguita dalla Cassazione, l'inosservanza del termine finale è comunque vizio che attiene al procedimento. Di conseguenza lo stato viziato dell'atto adottato oltre il termine previsto per la conclusione del procedimento ricade nell'ambito di applicabilità dell'art. 21-*octies*, della legge generale sul procedimento amministrativo che – come è noto - sancisce l'irrilevanza dei vizi del procedimento e della forma degli atti in tutti i casi in cui, a causa della natura vincolata del provvedimento, il contenuto di questo non potrebbe comunque essere diverso[10].

La tesi che assume la natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, e perciò l'irrilevanza di eventuali vizi procedurali [11], si salda poi con quella, anche questa condivisa da una giurisprudenza ormai consolidata del giudice ordinario[12], per la quale la violazione delle regole del giusto procedimento e dei precetti di cui agli artt. 24 e 111 della Costituzione e all'art. 6 della CEDU non comporta illegittimità ed annullabilità del provvedimento sanzionatorio. La ragione della predicata irrilevanza del vizio procedimentale risiede, in questo caso, nel carattere pieno e sostitutivo del sindacato giurisdizionale sul provvedimento che applica la sanzione. La verifica circa la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione svolta in sede amministrativa è ripetibile dal giudice nel rispetto di tutte le garanzie del giusto processo con la conseguenza che la mancata osservanza di queste nel procedimento può trovare adeguata compensazione nel processo.

L'una e l'altra premessa conducono alla conclusione dell'irrilevanza della violazione della regola del termine per l'esercizio del potere sanzionatorio. Il vizio non comporta annullabilità poiché si tratta di fattispecie vincolate e soggette a sindacato giurisdizionale pieno.

7. Conclusioni. La distanza tra la posizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario non è segnata dunque dalla qualificazione del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, se di decadenza o meno. Infatti, come abbiamo visto, la giurisprudenza civile considera irrilevante la questione. La divergenza non è neppure segnata dalla qualificazione del vizio. Per entrambi i giudici si tratta di violazione di una violazione di legge e segnatamente di una norma sul procedimento.

Il dissenso investe invece le conseguenze della violazione: non viziante per il giudice ordinario, tale invece da dar luogo ad annullabilità del provvedimento finale per il giudice amministrativo.

Le posizioni ora riferite colorano di nuovo interesse la contrapposizione tra la tesi per la quale la scadenza del termine per la conclusione del procedimento, e dunque per l'esercizio del potere, comporta l'inidoneità dell'atto a produrre il suo effetto costitutivo tipico e quella che vi collega la sola possibilità di chiedere l'annullamento dell'atto tardivamente adottato.

La questione non è stata adeguatamente approfondita neppure dalla dottrina che più si è spesa a favore della tesi della perentorietà del termine per la conclusione del procedimento [13]. Mentre la giurisprudenza amministrativa, timorosa di cedere spazi alla giurisdizione ordinaria, ha sempre mostrato una notevole riluttanza ad accogliere la soluzione della nullità del provvedimento adottato oltre il termine per l'esercizio del potere.

Si tratta di posizioni che meritano di essere riviste se si vuole portare alla sue logiche conseguenze e si vuol dare effettività alla scelta di "prendere sul serio" i termini del procedimento, scelta che è implicita nella qualificazione degli stessi in termini di perentorietà.

I tempi sembrano del resto maturi. Da un lato, il precipitato in termini di giurisdizione ordinaria che il vizio di nullità comporta, secondo i criteri tradizionali di riparto, è in buona misura sterilizzato dall'estensione della giurisdizione esclusiva. In questa ricade anche la fattispecie esaminata dalla sentenza che qui si commenta che riguarda l'Autorità di regolazione dell'energia.

Dall'altro finché si ragiona in termini di annullabilità, occorre fare i conti con le argomentate conclusioni cui perviene la giurisprudenza ordinaria in merito al carattere non invalidante del vizio.

In conclusione, l'opzione a favore della perentorietà del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio è del tutto condivisibile nell'ottica dell'effettività delle regole del giusto procedimento. Si tratta però di una scelta che deve essere condotta fino alla sua logica conseguenza: se il decorso del termine di chiusura del procedimento "*consuma il potere sanzionatorio*" [14] il provvedimento non è annullabile, ma nullo.

[1] Una disciplina generale è poi stata introdotta con la delibera dell'Autorità L'art. 4bis sancisce ora un termine di conclusione del procedimento che è pari a 220 giorni decorrenti dalla comunicazione di avvio del procedimento. Il termine può essere sospeso in caso di richiesta di informazioni di cui all'articolo 10, di accesso, di ispezione, di perizia o di consulenza di cui all'articolo 11, nonché di richiesta di informazioni, fino alla data di ricevimento delle informazioni, delle relazioni peritali o consulenziali o della conclusione dell'accesso o dell'ispezione. Il termine è inoltre prorogato di 30 (trenta) giorni nel caso di richiesta di audizione finale avanti al Collegio ed è prorogabile in presenza di sopravvenute esigenze istruttorie, nonché in caso di estensione soggettiva od oggettiva del procedimento.

[2] Sulla scorta di Cass. 9 settembre 2007, n. 5395 che, pronunciandosi sul procedimento sanzionatorio in materia di intermediazione finanziaria afferma che il termine di 180 giorni per la contestazione degli addebiti ha natura perentoria e la sua inosservanza determina l'estinzione dell'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione. Tuttavia il *dies a quo* per il computo del termine non coincide con la data della constatazione materiale dell'illecito e si colloca invece nel

momento in cui, nel caso concreto, sia stato possibile pervenire all'accertamento della avvenuta violazione delle norme in materia di intermediazione, compiute le valutazioni tecniche complesse ed espletata l'istruttoria a tal fine necessaria.

[3] La tendenziale elasticità dei termini procedurali che l'orientamento giurisprudenziale citato alla precedente nota assicura alla amministrazione è parzialmente mitigata dalla giurisprudenza di merito, nella quale sono ripetute affermazioni di questo tenore: il lasso temporale tra l'accertamento materiale dell'illecito e la contestazione “*non può essere eccessivamente dilatato, sulla base di una discrezionalità dell'autorità non suscettibile di controllo*” (App. Milano, sez. I, 4 aprile 2013); “*non può essere dilatato ingiustificatamente, rinvienendo però la sua giustificazione, legittimità e ragionevolezza da eventuali necessità istruttorie promananti dalla complessità dell'indagine*” (App. Milano, 25 giugno 2013); e, ancora, “*la dilatazione dei termini per la contestazione non può essere giustificata dal ricorso ad attività di indagine non essenziali ovvero dal ritardo immotivato nell'audizione dell'incolpato*” (App. Milano, 23 agosto 2013)

[4] “Sicché, “fatto salvo un sindacato di eccesso di potere sulla sua scelta, è l'Autorità a fissare il momento in cui ritiene compiuto il detto accertamento preliminare”, cfr. in motivazione 6.1

[5] In questi termini i precedenti puntualmente richiamati dalla sentenza e, in particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2020, n. 6891; Id., 13 febbraio 2018, n. 911; Id., 19 febbraio 2018, n. 1053; Id., 8 luglio 2015, n. 3401 relative a procedimenti sanzionatori condotti dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas; Id., Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Id., 4 luglio 2018, n. 4110; Id., 22 settembre 2015, n. 5253, al procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; Id., 2 febbraio 2015, n. 468 sul procedimento sanzionatorio dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici.

[6] Così Cons. St., sezione VI, 29 gennaio 2013, n. 542; Id. sez. VI, 6 agosto 2013, n.4113; Tar Lazio, sez. II, 5 maggio 2014, n. 4626; Cons. St., Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 2042; Id. sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695; Id. 3 maggio 2019, n. 2874; Id., sez.VI, 17 novembre 2020, n. 7153. Anche la dottrina si è prevalentemente espressa nel senso della perentorietà del termine, specie con riguardo all'esercizio del potere della Consob. Vedi W. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, p. 173 ss.; M. Fratini, sub art. 195, ne *Il Testo Unico della Finanza*, Commentario a cura di M. Fratini, G. Gasparri, Tomo 3, Milano, 2012, p. 2678 ss.; M. Fratini, G. Gasparri, A. Giallongo, *Le sanzioni della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, in *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, 2011, p. 458 ss

[7] La sentenza richiama pure il noto orientamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per la quale le sanzioni amministrative sono assimilabili alle sanzioni penali con la conseguenza che i procedimenti che le applicano sono soggetti ad una più stretta accezione dei principi del giusto procedimento, ivi compresi quelli di effettività del diritto di difesa e di certezza. In tal senso vedi: Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 1970, caso Delcourt c. Belgio; Corte EDU 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi; 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics srl contro Italia; Corte EDU, 04 marzo 2014, caso Grande Stevens e altri c. Italia. In dottrina, V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in Giur. It., 2014, 5La giurisprudenza europea giustifica l'assimilazione tra sanzioni amministrative e penali laddove le prime presentano carattere afflittivo in considerazione dell'importo previsto, quando l'apparato sanzionatorio risponde ad interessi generali normalmente tutelati dal diritto penale (quali quelli della tutela degli investitori, dell'efficacia, trasparenza e sviluppo dei mercati) e quando la sanzione persegue uno scopo preventivo e repressivo e non di mera riparazione del danno.

[8] La giurisprudenza ordinaria si è trovata spesso ad esaminare il problema nell'ambito della giurisdizione che è attribuita al giudice ordinario in materia di sanzioni amministrative e segnatamente delle sanzioni comminate da Banca d'Italia e Consob rimesse anch'esse alla giurisdizione ordinaria da Corte Cost. 20-27 giugno 2012, n. 162 e Corte Cost. 15 aprile 2014, n. 94.

[9] La pronuncia del 2009 della Cassazione è richiamata dalla sentenza in esame la quale esclude il contrasto sottolineando le peculiarità della fattispecie decisa dalla Cassazione. Il contrasto invece sussiste ed è esattamente rilevato da Cons. St., sezione VI, 29 gennaio 2013, n. 542, che nell'affermare il carattere perentorio del termine accordato alla Banca d'Italia per concludere il procedimento sanzionatorio, muove proprio da un'aperta critica a Cass. 20929/2009.

[10] Il giudice amministrativo, e pure la sentenza in esame, esclude invero la natura vincolata dei provvedimenti sanzionatori i quali sarebbero dotati di un tasso di discrezionalità coesistente alla loro natura, sia in ordine all'accertamento dei fatti che alla loro qualificazione giuridica (per i quali sussiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione e di conseguenza esclude che possa operare la previsione contenuta nel comma 2 primo periodo del citato art. 21- octies relativa all'irrelevanza del vizio. L'assimilazione delle sanzioni amministrative a quelle penali in ragione del loro carattere afflittivo, che è un chiaro portato della giurisprudenza della Corte EDU, ne comporta però la soggezione ai principi di tassatività e determinatezza della norma punitiva. Dunque i provvedimenti sanzionatori sono provvedimenti in cui il fatto costitutivo del potere può essere oggetto di una attività di accertamento anche complessa, ma non di valutazione discrezionale. Sulla assimilazione delle sanzioni amministrative alle sanzioni penali e la conseguente sottoposizione alle garanzie di cui agli artt. 6 e 7 della CEDU: Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 1970, caso Delcourt c. Belgio; Corte EDU 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi; 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics srl contro Italia; Corte EDU,

04 marzo 2014, caso Grande Stevens e altri c. Italia; vedi anche Corte Cost. 21 marzo 2019, n. 63. In dottrina V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. It.*, 2014, 5. Sulla soggezione delle sanzioni amministrative ai principi di tassatività e determinatezza, m.a. sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, 1983, 74ss..

[11] Nello stesso senso, Cass., sez. II, 21 febbraio 2013, n. 4429 e Cass., sez. II, 14 giugno 2013, n. 15019.

[12] Cass. civ. sez. II 21 maggio 2020, n. 9371; Id. 21 maggio 2020, n. 9385 ove è enunciata la massima per la quale: “In tema di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano natura sostanzialmente penale, la garanzia del giusto processo, ex art. 6 della CEDU, può essere realizzata, alternativamente, nella fase amministrativa - nel qual caso, una successiva fase giurisdizionale non sarebbe necessaria - ovvero mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio - adottato in assenza di tali garanzie - ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva ed attuato attraverso un procedimento conforme alle richiamate prescrizioni della Convenzione, il quale non ha l'effetto di sanare alcuna illegittimità originaria della fase amministrativa giacché la stessa, sebbene non connotata dalle garanzie di cui al citato art. 6, è comunque rispettosa delle relative prescrizioni, per essere destinata a concludersi con un provvedimento suscettibile di controllo giurisdizionale”.

[13] Così m. clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 176, per il quale “una volta chiarito che l'atto emanato fuori termine, nullo o annullabile che sia, determina l'impossibilità per l'amministrazione di operare la sanatoria o di esercitare nuovamente il potere sulla base degli stessi elementi posti alla base del provvedimento tardivamente emanato, diventa un problema semplicemente terminologico e non di sostanza usare una espressione anziché l'altra” (ovvero nullità o annullabilità). Anche se lo stesso A. afferma di preferire tra le due soluzioni prospettate quella che qualifica il provvedimento emanato fuori termine come nullo per carenza sopravvenuta di potere perché il termine rappresenta un limite esterno del potere avendo “la funzione di delimitare nel tempo la situazione di incertezza e di sospensione dell'assetto dei rapporti che si determinano nel periodo intercorrente tra l'avvio del procedimento e la sua conclusione con l'emanazione del provvedimento”.

[14] Così Tar Lazio, sez. II, 5 maggio 2014, n. 4626, relativa ai procedimenti sanzionatori dell'Isvap.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1502 - 19 gennaio 2021

Silenzio della PA e regime giuridico del provvedimento sopravvenuto alla nomina del commissario *ad acta*.

di Andreina Scognamiglio

Sommario: 1. Il caso di specie e i quesiti sollevati dalla ordinanza di rimessione. – 2. Il metodo seguito e le conclusioni raggiunte dalla IV Sezione. -3. Esame critico della tesi favorevole a rinvenire nelle disposizioni del codice la soluzione del problema del rapporto tra commissario *ad acta* ed amministrazione commissariata. – 4. La soluzione accolta dalla giurisprudenza con riferimento al caso del commissario *ad acta* nominato nell'ambito del giudizio di ottemperanza ed applicabilità di questa giurisprudenza al caso del commissario nominato ex art. 117 c.p.a.. -5. Accordo sul metodo seguito dalla IV Sezione e perplessità sulle conclusioni raggiunte. – 6. Annullabilità o nullità del provvedimento emesso dalla amministrazione oltre i termini di decadenza. – 7. In sintesi.

1. Il caso di specie e i quesiti sollevati dalla ordinanza di rimessione

Nel 2012 una società immobiliare presenta al Comune di Termoli un progetto di recupero di interventi edilizi abusivi ai sensi della l. reg. Molise 14 maggio 1985 n. 17 per una area della quale la stessa società si era resa promissaria acquirente.

A fronte dell'inerzia del Comune, nel 2014 la società propone ricorso ex art. 117 c.p.a.. Il Tar Molise, accertato l'inadempimento dell'obbligo di provvedere, ordina al Comune di determinarsi sull'istanza e nomina un commissario *ad acta*, che si sarebbe insediato, nel caso in cui l'inerzia si fosse protratta oltre il termine assegnato dal giudice.

Scaduto il termine, il Commissario *ad acta* inizia la sua attività convocando una conferenza di servizi per l'esame della domanda.

A distanza di qualche mese, il Consiglio comunale dell'ente delibera di non potersi procedere all'intervento di recupero dell'insediamento edilizio abusivo per assenza dei presupposti e, con successivo atto, respinge l'istanza della società.

Su questa vicenda sostanziale si innestano tre sentenze del Tar Molise. Con la prima (n. 104/2017), il giudice di primo grado, adito con ricorso ex art. 29 c.p.a., dichiara nulli gli atti adottati dal Consiglio comunale oltre i termini assegnati alla amministrazione per provvedere e addirittura dopo l'insediamento del Commissario. La seconda (n. 469/2017) rigetta il reclamo proposto dal Comune avverso la determinazione con la quale il Commissario aveva individuato l'area della quale la società era divenuta promissaria acquirente tra quelle suscettibili di interventi edilizi di recupero, semmai annullabile dall'amministrazione comunale in autotutela. La terza (n. 287/2019) rigetta il ricorso contro la delibera comunale di annullamento della determina del Commissario ad acta trattandosi di atto amministrativo posto in essere da organo della p.a. che agisce quale sostituto dell'amministrazione competente e dunque rimovibile in autotutela.

Riuniti gli appelli rispettivamente proposti dal Comune e dalla società immobiliare avverso le sentenze n. 104/2017 e 287/2019, la Sezione IV del Consiglio di stato, con ordinanza n. 6925/2020, rimette all'Adunanza plenaria il quesito se, nel giudizio proposto avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione su una istanza del privato, la nomina del commissario *ad acta*, disposta ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a., o il suo insediamento, comportino per l'amministrazione soccombente nel giudizio proposto avverso il silenzio la perdita del potere di provvedere sull'originaria istanza ed il quesito, rispetto al primo consequenziale, del regime giuridico dell'atto emanato tardivamente dall'amministrazione.

L'ordinanza richiama, con dovizia di precedenti, le tre letture proposte dalla giurisprudenza teorica e pratica: a) la nomina del commissario *ad acta* segnerebbe il limite oltre il quale verrebbe meno il potere-dovere di provvedere dell'amministrazione; b) il c.d. esautoramento dell'organo inottemperante (o inadempiente, ove si verta nell'ambito di un ricorso avverso il silenzio) si verificherebbe solo con l'operatività dell'investitura commissariale o dopo il suo insediamento; c) infine la competenza commissariale sarebbe in ogni caso concorrente con quella dell'amministrazione la quale resterebbe titolare del potere di provvedere anche dopo la scadenza del termine fissato dal giudice e dopo la nomina/insediamento del commissario.

Quanto al regime giuridico dell'atto tardivamente adottato dall'amministrazione istituzionalmente competente, la Sezione afferma di non poter in ogni caso condividere la tesi della nullità del provvedimento posto in essere dall'amministrazione dopo la nomina o l'insediamento del commissario. A tale conclusione osterebbe la lettera dell'art. 21^{septies} della l. 241 del 1990 che è chiara nel comminare la nullità nel solo caso del "difetto assoluto di attribuzione". Nel caso dell'atto tardivo, il potere-dovere dell'amministrazione di concludere il procedimento sussiste invece senz'altro ed è anzi ribadito dall'ordine del giudice. Dunque pure a voler ammettere la natura perentoria del termine impartito da giudice e l'effettiva sostituzione dell'organo inadempiente da parte del commissario, il provvedimento adottato oltre il termine non sarebbe nullo ma semmai annullabile nella ordinaria sede di giurisdizione di legittimità, a seguito del relativo tempestivo ricorso ex art. 29 c.p.a..

La tesi della competenza concorrente dell'amministrazione e del commissario solleva, invece, l'interrogativo circa il regime degli atti del commissario *ad acta* successivi alle determinazioni infine assunte dall'amministrazione e con queste non coerenti. Ad avviso della Sezione, il

problema non è definitivamente risolto dall'art. 117 comma 4, il quale, rimettendo al giudice del silenzio “*tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario ad acta*”, lascia supporre che, al di fuori del caso in cui si contesti “*l'esatto adempimento*”, gli atti del commissario incaricato di portare a termine il procedimento sono soggetti alla giurisdizione generale di legittimità oppure al potere di autotutela dell'amministrazione istituzionalmente competente.

2. Il metodo seguito e le conclusioni raggiunte dalla IV Sezione

Esposti i termini della questione, la quarta Sezione prende motivatamente posizione a favore della tesi della competenza concorrente dell'amministrazione e del commissario.

La tesi troverebbe conferma in una serie di principi, anche di rilievo costituzionale. Convergerebbero in questa direzione il principio di legalità, in connessione all'art. 97 Cost., per il quale l'ambito delle competenze dell'autorità amministrativa può essere inciso solo da una disposizione di legge; il principio di certezza dei rapporti giuridici, per il quale il carattere perentorio del termine assegnato all'amministrazione per provvedere deve risultare quanto meno da una espressa statuizione del giudice e dunque dal dispositivo della sentenza; il principio di responsabilità dei titolari degli uffici pubblici il quale sarebbe eluso se la perdurante inerzia del funzionario pubblico, comportando definitiva perdita del potere, fosse addirittura “*premiata*” con una sostanziale deresponsabilizzazione del funzionario. Infine – secondo la Sezione – congiura in questo senso anche un principio, se non di riserva, di preferenza per l'amministrazione il quale si dispiegherebbe al massimo grado quando l'attuazione della statuizione giudiziale di condanna ad agire investe l'attività di un organo collegiale di un ente esponenziale (quale appunto un consiglio comunale) essendo le valutazioni di spettanza di questo difficilmente sostituibili dal commissario *ad acta*.

L'ordinanza di rimessione dà atto di non essere quella della competenza concorrente la posizione espressa dalla Adunanza Plenaria n. 7 del 9 maggio 2019 che si è espressa a favore della posizione per la quale “*l'insediamento del commissario ad acta... nella sua duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione inadempiente surrogata, priva quest'ultima della potestà di provvedere integrando una ipotesi di impossibilità soggettiva sopravvenuta*”^[1].

Tuttavia per la Sezione il precedente non è decisivo poiché la Plenaria, chiamata in quell'occasione a decidere sul valore delle *astreinte* e comunque in relazione al giudizio di ottemperanza, non ha affrontato espressamente il problema del rapporto tra competenza commissariale e della autorità amministrativa istituzionalmente competente lasciando così non risolto il contrasto ermeneutico tra le varie tesi proposte che sarebbe perciò ancora aperto.

3. Esame critico della tesi favorevole a rinvenire nelle disposizioni del codice la soluzione del problema del rapporto tra commissario *ad acta* ed amministrazione commissariata

L'iter motivazionale della pronuncia lascia in ombra alcuni dati di diritto positivo che meritano una lettura più attenta se non altro perché su di essi fa leva la dottrina che forse più approfonditamente si è occupata del tema per argomentare proprio le conclusioni predilette dalla IV Sezione.

Il primo dato è offerto dall'art. 117 c.p.a. che, nel dettare la disciplina del rito speciale avverso il silenzio, non ripropone una disposizione analoga a quella contenuta nell'art. 21 bis della l. 1034 del 1971. La norma da ultimo citata prevedeva che "all'atto dell'insediamento, il commissario, preliminarmente all'adozione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, accerta se anteriormente alla data dell'insediamento medesimo, l'amministrazione abbia provveduto" ed era stata univocamente letta nel senso che l'insediamento del commissario segnasse il momento della decadenza dell'amministrazione dal potere-dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso[2]. Nella sua soppressione nel testo vigente dell'art. 117 c.p.a. viene dunque da alcuni ravvisato un chiaro indizio della volontà del legislatore di inaugurare un percorso diverso, conservando *sine die* in capo alla amministrazione il potere di decidere[3].

Per l'ordinanza in commento, quello della diversa formulazione della normativa sopravvenuta è elemento troppo labile per poter fondare su di esso la soluzione del quesito e, piuttosto, è tale da "rendere attuale e di preminente rilievo il dubbio esposto" poiché "il legislatore neppure ha introdotto la regola opposta".

L'osservazione è condivisibile e non sembra che la mancata riproposizione di una disposizione, che invero era espressa in termini un po' ingenui, equivalga ad un indice univoco di una consapevole e diversa scelta del legislatore.

Una consapevole scelta del legislatore emergerebbe invece, nella lettura da alcuni proposta, dal comma 5, dell'art. 117 c.p.a. per il quale "Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito".

La possibilità del provvedimento sopravvenuto espresso e la sua efficacia sarebbero dunque ammesse dalla norma che ne prevede l'impugnabilità con motivi aggiunti e che offrirebbe così una valida sponda alla tesi della concorrenza tra potere dell'amministrazione e del commissario[4].

Il dato non è affatto preso in considerazione dall'ordinanza che dunque mostra di ritenerlo poco significativo.

La posizione è senz'altro condivisibile.

L'art. 117, comma 5, non fornisce una risposta esplicita o, quanto meno, non equivoca al quesito sollevato dalla IV Sezione. A ben vedere il contenuto della norma consiste nel mero rilievo dell'impugnabilità del provvedimento sopravvenuto in corso di giudizio con motivi aggiunti[5], essendo la relativa facoltà riconosciuta al ricorrente, e non si può ad essa attribuire una portata più ampia di quella meramente processuale sua propria. Inoltre la facoltà di impugnare i provvedimenti sopravvenuti con motivi aggiunti, anziché con ricorso autonomo, è accordata al ricorrente "nel corso del giudizio" e questo, ai sensi dell'art. 117, comma 2, si conclude con la sentenza che "in caso di totale o parziale accoglimento (...) ordina all'amministrazione di provvedere". Dunque la disposizione potrebbe al più essere letta nel senso di riconoscere la permanenza del potere di provvedere dell'amministrazione inadempiente fino al momento finale del giudizio stesso e cioè fino al momento dell'adozione della sentenza di condanna ad adempiere.

In definitiva, nemmeno l'argomento fondato sulla lettera dell'art. 117 comma 5 è risolutivo e fondatamente la IV Sezione esclude che nelle disposizioni del c.p.a. sia rintracciabile una risposta univoca al quesito proposto.

4. La soluzione accolta dalla giurisprudenza con riferimento al caso del commissario *ad acta* nominato nell'ambito del giudizio di ottemperanza ed applicabilità di questa giurisprudenza al caso del commissario nominato ex art. 117 c.p.a.

Una seconda verifica che si impone è se non sia possibile attingere alla più numerosa giurisprudenza che ha affrontato l'analogo problema con riferimento al giudizio di ottemperanza per estendere al commissario *ad acta* nominato ex art. 117 c.p.a. le soluzioni già raggiunte in quella sede.

La giurisprudenza degli ultimissimi anni sembra in effetti aver in parte risolto le divergenze interpretative puntualmente illustrate dalla ordinanza di rimessione ed avere maturato un orientamento abbastanza condiviso nel senso che l'insediamento del commissario *ad acta* ovvero la redazione del verbale d'immissione del commissario nelle funzioni amministrative e la sua presa di contatto con l'amministrazione segnano il definitivo trasferimento dei poteri in favore del primo, rimanendo precluso da quel momento all'amministrazione ogni margine di ulteriore intervento^[6]. L'indirizzo è confermato dalla Plenaria n. 7 del 2019 che, invero, è abbastanza esplicita sul punto.

L'elaborazione giurisprudenziale in materia di ottemperanza potrebbe quindi fornire risposta al quesito che ugualmente si pone quando il commissario *ad acta* assume i suoi poteri nell'ambito di un ricorso avverso il silenzio configurandosi così quale parametro per quella soluzione unitaria del problema del rapporto tra potere commissariale e potere dell'amministrazione commissariata che pure l'ordinanza di rimessione auspica.

Contro l'utilizzo estensivo della giurisprudenza in tema di ottemperanza, si potrebbe invero osservare che l'art. 117 c.p.a. nel dettare la disciplina, alquanto sommaria, della c.d. seconda fase del rito speciale avverso il silenzio (che consiste appunto nella nomina del commissario *ad acta*) non fa rinvio all'art. 112 e seguenti del c.p.a.. Il dato potrebbe essere considerato ancor più significativo se si tiene conto che, diversamente, per l'art. 59 c.p.a., quando al giudice sono richieste misure attuative dei provvedimenti cautelari non spontaneamente eseguiti, "il tribunale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui al Titolo I del Libro IV e provvede sulle spese". Nel mancato rinvio alle norme che disciplinano il ricorso per l'ottemperanza potrebbe leggersi la consapevole volontà del legislatore di marcare la distanza tra i due giudizi ^[7] ognuno dei quali resterebbe quindi regolato dalla sua disciplina e relativa elaborazione giurisprudenziale.

Si tratta di un'opzione interpretativa sulla quale l'ordinanza in commento non si pronuncia e che comunque non è a mio avviso praticabile.

In primo luogo, la distanza tra il giudizio di ottemperanza e quello per la esecuzione della condanna a provvedere non sono poi così netta se si tiene conto che, nella prassi, non è infrequente l'utilizzo del ricorso ex art. 112 c.p.a. per far fronte alla perdurante inerzia dell'amministrazione, incurante della condanna a provvedere inflitta dal giudice ex art. 34, comma 1, lett. b)^[8].

Ma il punto decisivo è un altro. Anche nel caso del giudizio di ottemperanza la soluzione più accreditata, che è poi “cristallizzata” dalla sentenza 7/2019, viene argomentata dalla giurisprudenza non tanto dalla disciplina positiva, che sul punto è carente anche nel giudizio di ottemperanza, quanto dai principi. E non c'è dubbio che i principi cui far riferimento sono i medesimi che si tratti di giudizio di ottemperanza, della fase di esecuzione di una sentenza resa all'esito del rito speciale ex art. 117 c.p.a. o di una ordinanza cautelare ex art. 59 c.p.a..

5. Accordo sul metodo seguito dalla IV Sezione e perplessità sulle conclusioni raggiunte

In definitiva il metodo seguito dalla ordinanza di rimessione che, come sopra sottolineato, attinge la soluzione dai principi è pienamente condivisibile.

Il dubbio è semmai se i principi richiamati dall'ordinanza conducano univocamente alle conclusioni che la Sezione mostra di prediligere.

In effetti sembra di poter osservare che i principi di legalità e di certezza dei rapporti giuridici non valgono qui tanto per la riserva alla legge che essi sanciscono riguardo alla individuazione delle competenze istituzionali delle singole amministrazioni. Questo aspetto è, a mio avviso, recessivo rispetto all'esigenza, che i medesimi principi sicuramente pongono, che l'organo titolare del potere sia uno ed uno soltanto in modo che il *privato* abbia un solo e certo interlocutore.

Per questa ragione proprio i principi richiamati implicano che, a partire da un certo momento (convenzionalmente individuabile nella redazione del verbale di immissione del commissario), il commissario *ad acta* non si aggiunge né si pone in concorrenza o, ancor meno, in subordine rispetto agli organi ordinari dell'amministrazione inadempiente, ma assume i poteri di questa e ne diviene titolare esclusivo, come organo straordinario, in via eccezionale e per tutto il tempo in cui il mandato gli è conferito.

Il principio di legalità può essere, quindi, a buona ragione richiamato proprio a sostegno della tesi opposta della consumazione del potere della p.a., competente a decidere secondo le regole ordinarie, in conseguenza e per effetto della nomina o dell'insediamento del commissario.

Il principio di responsabilità ha poi portata ambivalente.

Da un lato non sembra del tutto implausibile la tesi di chi imputa proprio all'indulgenza e alla cautela che spesso sono prevalse nella soluzione del problema del rapporto tra scadenza del termine e conservazione/esercitabilità del potere^[9] di avere favorito la scelta dell'inazione da parte dell'organo pubblico^[10]. Si tratta di un angolo di visuale opposto al quale non può negarsi un fondamento di verità.

Dall'altro il nostro ordinamento prevede severe sanzioni a carico del funzionario che non agisce. La mancata o tardiva conclusione del procedimento entro i termini prescritti comporta conseguenze gravi proprio sul piano della responsabilità. Il ritardo è elemento di valutazione della performance individuale nonché fonte di responsabilità disciplinare, amministrativo-contabile e civile del funzionario inadempiente. Astrattamente, e lasciando da parte lo scarso tasso di effettività delle misure disciplinari e sanzionatorie previste in caso

di ritardo/inerzia, il funzionario che non agisce *rischia* altrettanto e forse di più rispetto a quello che, quanto meno, assume una decisione.

Il problema posto in luce dall'ordinanza di rimessione è tuttavia serissimo. L'attivazione di una competenza pienamente sostitutiva (almeno a partire da un certo momento) potrebbe essere vista di buon occhio dal funzionario che così si troverebbe esonerato dal peso e dalla responsabilità di decidere.

Qui si innesta l'altro argomento prospettato dalla IV Sezione a sostegno della tesi della competenza concorrente e che è quello della difficile sostituibilità della competenza e della discrezionalità di un organo collegiale di un ente esponenziale da parte di un organo tecnico quale il commissario *ad acta*.

Le possibili soluzioni si saldano.

L'esigenza di limitare il pericolo di atteggiamenti di comodo (o difensivi) da parte dell'amministrazione così come quella di salvaguardarne la sfera di discrezionalità potrebbero essere soddisfatte entrambe dall'impiego di strumenti di coazione indiretti in luogo di quello di coazione diretta consistente nella nomina del commissario *ad acta*. In altre parole i rilievi correttamente formulati dall'ordinanza di rimessione potrebbero trovare una composizione soddisfacente ove le parti fossero incoraggiate a chiedere^[11] ed il giudice ad utilizzare con maggiore larghezza il rimedio dell'*astreinte* per indurre l'amministrazione recalcitrante ad agire. Della penalità di mora, che è espressamente prevista come misura di coercizione indiretta a disposizione del giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 114, lett. e) c.p.a., la giurisprudenza^[12] ha definitivamente riconosciuto l'applicabilità generale e dunque l'utilizzabilità anche in sede di giudizio di cognizione^[13]. Sicché nulla osta – sembra - al suo impiego anche nel rito avverso il silenzio e ad opera della sentenza che ordina all'amministrazione rimasta inerte di provvedere entro un termine.

6. Annullabilità o nullità del provvedimento emesso dalla amministrazione oltre i termini di decadenza

La soluzione che sembra di poter argomentare dai principi circa il rapporto tra potere commissariale e quello dell'amministrazione istituzionalmente competente apre il problema del regime dell'atto adottato dall'amministrazione oltre il termine segnato, appunto, dall'insediamento del commissario *ad acta*.

L'ordinanza di rimessione dubita fortemente che l'atto tardivo possa considerarsi nullo per la ragione che – essendo comunque l'amministrazione competente in astratto – non ricorre l'ipotesi di difetto assoluto di attribuzione cui l'art. 21 *septies* della l. 241 del 1990 collega la nullità dell'atto. La violazione del termine impartito dal giudice, pure a volerne ammettere il carattere perentorio, comporterebbe pertanto l'annullabilità e non già la nullità del provvedimento.

A mio avviso, la categoria dell'annullabilità non è qui proficuamente utilizzabile.

A voler ricorrere ad essa si dovrebbe peraltro pure ammettere che l'inosservanza del termine concreti al più un vizio formale il cui effetto invalidante sarebbe eventuale e comunque

sottoposto alla prova di resistenza di cui all'art. 21 *octies*. Gli effetti pratici della predicata annullabilità del provvedimento tardivo sarebbero, dunque, limitatissimi.

In definitiva delle due una: o l'amministrazione non decade mai dal potere di provvedere e il termine per l'esercizio del potere conserva la natura ordinatoria o meramente sollecitatoria che aveva prima della instaurazione del ricorso e della definizione del medesimo con sentenza di condanna^[14] e allora l'inosservanza non comporta alcuna conseguenza in termini di validità/invalidità del provvedimento^[15]; oppure il termine, almeno a partire dal momento che si è identificato con l'insediamento del commissario *ad acta*, assume carattere perentorio e di decadenza e allora è gioco forza concludere che la sua inosservanza comporta la sanzione più grave della nullità/inefficacia.

E' chiaro, peraltro, che – come correttamente rileva l'ordinanza in commento – la “figura” di nullità cui fare riferimento non è quella del difetto di attribuzione perché l'amministrazione istituzionalmente competente è, in astratto, titolare del potere.

La categoria cui appellarsi sarebbe semmai quella - forse superata - della carenza di potere in concreto, nella quale un tempo si comprendevano proprio le ipotesi di esercizio del potere - pure conferito all'amministrazione - oltre i limiti temporali e spaziali per il suo valido esercizio^[16].

Si può supporre che la riluttanza della IV Sezione a ragionare in termini di nullità per carenza di potere in concreto trovi la sua giustificazione nel precipitato in punto di giurisdizione (ordinaria) che tale qualificazione tradizionalmente comporta e che sembra confermato dalla disciplina vigente. Difatti le “nullità” il cui accertamento è demandato al giudice amministrativo ex art. 31 c.p.a. sono solo quelle previste dalla legge e cioè, appunto, dall'art. 21 *septies* il quale però non contempla la figura della carenza di potere in concreto.

Tuttavia, da un lato, il silenzio di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 è materia di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, lett. a) n.3, sicché la eventuale qualificazione del vizio in termini di carenza di potere in concreto può essere considerata comunque neutrale in termini di giurisdizione, dall'altro la disciplina dell'art. 21 *septies*, integrata sul punto dall'art. 114, comma 4, lett. c), offre spazio sufficiente per accogliere nell'alveo delle fattispecie di nullità/inefficacia da far valere in sede di giurisdizione amministrativa lo stato viziato del provvedimento tardivo.

L'atto adottato dall'amministrazione una volta scaduto il termine per provvedere impartito dal giudice e addirittura oltre i “tempi supplementari” accordati da una interpretazione benevola che le concede di agire fino all'insediamento del commissario di nomina giudiziale è posto in essere in violazione o elusione di sentenza esecutiva e, per questa ragione, incorre nella nullità/inefficacia sancita dall' art. 114, comma 4, lett. b) e c), c.p.a.^[17]

7. In sintesi

In conclusione, è pienamente condivisibile l'assunto, fatto proprio dall'ordinanza, per il quale la soluzione del problema del rapporto tra potere del commissario *ad acta* e potere dell'amministrazione commissariata deve essere rintracciata nei principi. L'indicazione che possiamo trarre dal principio di legalità, il quale non consente che il medesimo potere possa far capo a due soggetti diversi, è nel senso che, a partire da un certo momento identificabile

con quello dell'insediamento del commissario *ad acta*, l'amministrazione commissariata decade dal potere di provvedere. L'atto adottato oltre detto termine non è nullo per difetto assoluto di attribuzione. Si può invece fondatamente ipotizzare che si tratti della nullità/inefficacia in cui incorrono, ai sensi degli artt. 21 *septies* l. 241 del 1990 e 114, comma 4, lett. b) e c), gli atti emessi in violazione o elusione del giudicato o di sentenza comunque esecutiva.

Quanto ai pericoli di deresponsabilizzazione dell'amministrazione competente e/o di eccessiva compressione della sfera della discrezionalità amministrativa che la definitiva sostituzione della p.a. da parte del commissario *ad acta* potrebbe comportare, l'uno e l'altro potrebbero essere evitati da un più liberale utilizzo di strumenti di coazione indiretti. L'esecuzione della sentenza di condanna ad adottare il provvedimento, specie se priva di un contenuto di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale, ben si presta ad essere assistita dalla penalità di mora a carico della stessa amministrazione la quale sarebbe costretta a adempiere assumendo la piena responsabilità delle conseguenze della propria azione e di quelle di una ulteriore inerzia.

[1] Vedi punto n. 5.6. della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 9 maggio 2019

[2] m. andreis, *Commissario ad acta, regime dei suoi atti e nuovo codice del processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 573 ss, per il quale la cautela imposta dalla norma che prescrive al commissario giudiziale di verificare se, anche tardivamente e sia pure all'ultimo momento, l'amministrazione ha comunque provveduto, esprime un atteggiamento di particolare deferenza che si giustifica in considerazione dell'ampiezza della discrezionalità che residua in capo all'amministrazione a seguito di sentenza che accerta l'obbligo di provvedere.

[3] l. bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo* a cura di b. sassani e r. villata, Torino, 2012, a p. 929 nt. 68 osserva che l'art. 117, diversamente da quanto si era soliti ritenere in base all'art. 21 *bis* della l. 1034 del 1971, non prevede "la decadenza dell'amministrazione dal potere-dovere di provvedere all'atto dell'insediamento del commissario ad acta, realizzandosi così una concorrenza di poteri dell'una e dell'altro, emancipati dai termini finali".

[4] Così l. bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, cit. p. 911 per il quale "l'art. 117 comma 5, nell'abilitare il ricorrente *averso il silenzio* ad impugnare con motivi aggiunti il provvedimento espresso sopravvenuto, presuppone che oggetto del ricorso introduttivo sia il silenzio inadempimento che lascia residuare in capo all'amministrazione il potere-dovere di provvedere, ancorché tardivamente".

[5] La possibilità di impugnare il provvedimento sopravvenuto in corso di giudizio con motivi aggiunti aveva trovato in effetti resistenza nella giurisprudenza anteriore alla entrata in vigore del codice con il conseguente rischio per il ricorrente di incorrere in declaratoria di inammissibilità della domanda di annullamento del provvedimento sopravvenuto ove introdotta nelle forme previste per il rito camerale speciale. Sul punto, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6439.

[6] Consiglio di Stato sez. V, 05/06/2018, n.3378; Consiglio di Stato sez. IV, 22/03/2017, n.1300; Consiglio di Stato, sez. IV, 3 novembre 2015 n. 5014; Consiglio di Stato, sez. IV, 1 dicembre 2014, n. 5912; T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. IV, 10/07/2019, n.1746; T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. III, 18/04/2018, n.772; T.A.R. Catanzaro, (Calabria) sez. I, 18/10/2017, n.1529; T.A.R. Napoli, (Campania) sez. VIII, 21/06/2018, n.4170

[7] Consiglio di Stato sez. VI, 28/01/2016, n.338

[8] Contra, però, T.A.R. Napoli, (Campania) sez. VII, 25/11/2019, n.5558. La sentenza, invero alquanto isolata, sostiene che il giudizio di ottemperanza non è esperibile per dare esecuzione ad una sentenza amministrativa in tema di silenzio in quanto il rito speciale già contiene la possibilità di richiedere al giudice che ha adottato la sentenza di accoglimento (statuendo la sussistenza dell'obbligo di provvedere dell'Amministrazione) di nominare (nella stessa sentenza o a seguito di successiva istanza dell'interessato) un commissario *ad acta* che dia compiuta attuazione, in sostituzione dell'Amministrazione inadempiente, al *decisum* sicché, a configurare una diversa via processuale (cioè che il giudizio di ottemperanza possa avere

applicazione anche per l'esecuzione delle sentenze rese a seguito dello speciale procedimento previsto avverso il silenzio), si verrebbe a determinare un inutile quanto defatigante aggravamento dei rimedi processuali e addirittura a configurare un possibile profilo, per il ricorrente in ottemperanza, di abuso del processo.

[9] Cautela che sembra invero superata dal legislatore che, con l'art. 12, co. 1, lett. a) del d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto Semplificazioni, convertito in l. n. 120/2020), divenuto comma 8-bis dell'art. 2 della l. n. 241/1990, ha sancito l'inefficacia delle determinazioni relative a fattispecie in cui opera il regime del silenzio assenso e i provvedimenti inibitori relativi alle ipotesi di s.c.i.a. "adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti". Almeno nelle fattispecie di silenzio assenso, il termine per provvedere assume oggi chiaramente natura perentoria. Su questi aspetti m. calabro', *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) (note a margine di Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 1 luglio 2020, n. 7476)* in www.giustiziasieme.it 26 novembre 2020

[10] b. sassani, *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza* in *Il processo amministrativo davanti al giudice amministrativo, Le nuove leggi amministrative* a cura di r. villata, Torino 2004, p. 406.

[11] Sulla necessità dell'istanza di parte perché il giudice adotti la misura della penalità di mora, correttamente, Tar Trento, sez. I, 13/04/2018, n.85;

[12] Vedi A.p. 9 maggio 2019, n. 7.

[13] L'art. 34, comma 1, lett. e) anticipa al giudizio di cognizione la possibile adozione delle misure idonee ad assicurare l'attuazione della sentenza, compresa la nomina del commissario ad acta. La norma non esclude espressamente l'adozione di altre misure, come la penalità di mora. Il riferimento alla nomina del commissario ad acta non vale ad escludere la possibilità di adottare altre misure di coercizione indiretta, quale la comminatoria di penalità di mora e trova invece la sua spiegazione nel carattere maggiormente invasivo della misura sostitutiva. Sul punto sia consentito rinviare a a. scognamiglio, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, p. 465.

[14] Nessun dubita, in effetti, che l'amministrazione conserva il potere-dovere di provvedere anche dopo la scadenza dei termini fissati dall'art. 2, l. 241 del 1990, salve le ipotesi nelle quali la legge espressamente sancisce il carattere perentorio, e a pena di decadenza, del termine, per tutti m.clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2021, p. 251. La conclusione trova del resto conferma proprio nella disciplina in tema di ricorso avverso il silenzio. L'apparato rimediabile approntato dal legislatore non avrebbe addirittura ragion d'essere se fosse preordinato all'adozione di provvedimenti espressivi di poteri da cui l'amministrazione è decaduta e per ciò solo illegittimi, così l. bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 929, nt. 68..

[15] Altrettanto ferma la posizione favorevole ad escludere che la tardività del provvedimento ne determini l'annullabilità. Peraltro al più si potrebbe ipotizzare un vizio formale da sottoporsi alla prova di resistenza di cui all'art. 21 *octies* comma 2...

[16] E tuttavia sulla vitalità della categoria vedi alb. romano, *Nullità del provvedimento*, in *L'azione amministrativa* a cura di alb. romano, Torino, 2016, p. 816 ss.

[17] Anche in questo caso, si verte peraltro in materia di giurisdizione esclusiva che è sancita dall'art. 133, lett. a, n. 5.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1940 – 16 settembre 2021

Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8).

di Andreina Scognamiglio

Sommario. 1. I principi di diritto enunciati dalla Adunanza Plenaria n. 8 del 2021 e l'iter motivazionale della pronuncia. - 2. Attività dell'amministrazione e attività del commissario ad acta nella fase dell'ottemperanza: gli acquis della giurisprudenza teorica e pratica anteriori al c.p.a. - 3. Conferme e riserve nel c.p.a. e orientamenti giurisprudenziali successivi al codice - 4. La posizione della Plenaria n. 8 del 2021: presupposti espliciti ed impliciti per l'attrazione nella sfera della giurisdizione dell'attività del commissario. -5. Conclusioni.

1. I principi di diritto enunciati dalla Adunanza Plenaria n. 8 del 2021 e iter motivazionale della pronuncia.

In risposta ai quesiti sollevati dalla ordinanza n. 6925 del 2020 della Sezione IV, la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla questione se l'amministrazione soccombente in giudizio conservi, o meno, il potere di provvedere dopo la nomina del commissario ad acta o dopo il suo insediamento e su vari problemi connessi e/o consequenziali.

Con la sentenza n. 8 del 25 maggio 2021, l'organo della nomofilachia della giurisprudenza amministrativa ha statuito dunque che:

1. l'amministrazione soccombente in sede giurisdizionale non perde il potere di provvedere con la nomina del commissario ad acta e neppure con il suo insediamento;
2. fino a quando l'amministrazione o il commissario non abbiano provveduto si determina una situazione di concorrenza tra il potere dell'amministrazione ed il potere commissariale e detta situazione ha termine solo quando uno dei due soggetti dà attuazione alla decisione del giudice;
3. gli atti adottati dal commissario ad acta non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili dinanzi al giudice che lo ha nominato;
4. gli atti adottati dal commissario ad acta dopo che l'amministrazione ha dato esecuzione alla sentenza, ovvero quelli adottati dall'amministrazione dopo che il commissario ad acta ha provveduto, sono inefficaci e la loro rimozione può essere richiesta al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio.

La Plenaria sottolinea pure che le soluzioni sopra sintetizzate valgono in tutte le ipotesi in cui il processo amministrativo contempla la nomina di un commissario ad acta la quale può essere disposta con la sentenza che definisce il giudizio di merito; in sede di ottemperanza al giudicato; in sede di esecuzione di una pronuncia esecutiva o di una ordinanza cautelare; all'esito del ricorso contro il silenzio.

La motivazione della sentenza fa leva in primo luogo sulla formulazione dell'art. 21 c.p.a., il quale, sciogliendo la risalente disputa sulla natura soggettiva del commissario (se ausiliario del giudice, organo straordinario dell'amministrazione o organo misto), espressamente lo qualifica quale ausiliario del giudice. Ma, accanto al dato formale della qualificazione soggettiva del commissario, la Plenaria argomenta le proprie conclusioni dalla chiara enunciazione, pure dovuta al legislatore del codice, dei presupposti per la sua nomina del commissario ad acta che è ammessa quando il giudice debba sostituirsi all'amministrazione e laddove tale circostanza si verifichi nell'ambito della giurisdizione di cui il giudice è investito dalla norma attributiva della medesima. Ciò implica che il perimetro dell'azione del commissario coincide con i confini della giurisdizione del giudice che lo ha nominato. E' dunque nell'ambito della giurisdizione che il commissario agisce.

Così argomentando la Plenaria sposta l'angolo di visuale ed il punto nodale che non è più, tanto, quello della qualificazione soggettiva del commissario quale ausiliario del giudice quanto quello oggettivo della qualificazione della attività da lui svolta.

L'attività del commissario è attratta nella "giurisdizione" poiché trova il suo fondamento nella decisione del giudice e perché è funzionale alla effettività della tutela giurisdizionale. L'investitura e la finalità escludono che attività posta in essere dal commissario ad acta possa essere ricondotta ad esercizio di amministrazione. "Il potere esercitato dal commissario ad acta – prosegue la sentenza – ancorché concretizzantesi in atti non dissimili da quelli che avrebbe dovuto adottare l'amministrazione, è un potere distinto, sul piano genetico e funzionale, da quello di cui l'amministrazione è titolare". Diversamente, anche nella fase della esecuzione della sentenza, il potere che l'amministrazione esercita trova il suo fondamento nella norma attributiva del potere ed è funzionalizzato alla cura dell'interesse pubblico. Ne consegue che solo impropriamente si può parlare di "sostituzione" del giudice (e per esso del commissario) alla amministrazione perché "detta sostituzione non avviene nell'esercizio del

medesimo potere, ma solo con riferimento a ciò che l'amministrazione avrebbe dovuto compiere per dare attuazione al giudicato e rispetto al quale è invece rimasta inottemperante”.

La diversa natura dei poteri esercitati dal commissario ad acta e dalla amministrazione nella fase della ottemperanza alla sentenza ne postula la netta distinzione e ne rende possibile un esercizio “concorrente”. Ciò comporta che fino al momento in cui l'amministrazione o il commissario non abbiano dato esecuzione alla sentenza, l'un soggetto o l'altro possono indifferentemente provvedere.

Nel commentare l'ordinanza di rimessione della IV Sezione^[1], si era accordata preferenza alla tesi della decadenza dell'amministrazione dal potere di provvedere in esecuzione della pronuncia giurisdizionale in base alla considerazione che l'ordinamento, e comunque ragioni di razionalità del sistema, non tollerano che lo stesso potere sia esercitato contemporaneamente a due soggetti diversi.

Con una soluzione originale, la Plenaria muta radicalmente la prospettiva: per le ragioni sopra sintetizzate, l'attività posta in essere dal commissario e dalla amministrazione in ottemperanza alla sentenza presentano caratteri diversi quanto alla fonte dell'investitura ed alla funzione. Tale circostanza consente l'esercizio parallelo e concorrente di entrambe che è possibile fino al momento in cui il commissario o l'amministrazione non provvedano.

2. Attività dell'amministrazione e attività del commissario ad acta nella fase della ottemperanza: gli acquis della giurisprudenza teorica e pratica anteriori al c.p.a.

La fase dell'ottemperanza/esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo è da sempre al centro di vivaci contrasti interpretativi ed applicativi da parte della giurisprudenza teorica e pratica.

Si tratta di un dibattito che sembrava aver raggiunto alcuni punti fermi alla data della entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Per concentrare l'attenzione sugli aspetti che più interessano in questa sede, in particolare si era raggiunta una certa unanimità di vedute su due questioni: quella della natura propriamente esecutiva del giudizio di ottemperanza (con l'esclusione dal perimetro di questo di aspetti non scrutinati dalla sentenza da eseguire) e quella della estraneità rispetto ad esso di quelle attività di riedizione/edizione del potere espletate dopo la sentenza dall'amministrazione o dal commissario ad acta che non siano di mero adeguamento della realtà di fatto rispetto a quanto il processo di cognizione ha riconosciuto, esplicitamente o implicitamente, spettare alla parte ricorrente vittoriosa in giudizio. La premessa da cui muovono le considerazioni sopra sintetizzate sta nell'individuazione di due diverse situazioni che si possono avere nella fase dell'esecuzione di una pronuncia emessa in sede di giurisdizione amministrativa. La prima si verifica quando l'attività che segue alla sentenza è di mera attuazione delle statuizioni in questa contenute e di quanto il processo di cognizione ha riconosciuto spettare alla parte ricorrente e vittoriosa in giudizio; la seconda quando l'esecuzione della pronuncia comporta esercizio di discrezionalità in ordine al contenuto dell'atto da adottare. Tipicamente ciò avviene nel caso di sentenza di condanna a provvedere che non accerti altresì la “fondatezza

della pretesa” e che non contenga dunque indicazioni circa il contenuto del provvedimento omesso.

3. Conferme e riserve nel c.p.a. e orientamenti giurisprudenziali successivi al codice.

Per alcuni aspetti dette conclusioni sono fatte proprie dal legislatore del codice del processo amministrativo. La conferma è data dalla Plenaria 15 gennaio 2013, n. 2 per la quale la contestazione degli atti di esercizio del potere amministrativo successivi alla pronuncia è da proporsi nei modi e nella forme del giudizio di legittimità, o nei modi dell’ottemperanza a seconda che le censure riguardino o non la violazione del giudicato. La sentenza muove appunto da quello che sopra si è definito come un punto fermo del dibattito anteriore al codice e cioè dalla considerazione del diverso regime, sostanziale e processuale, della attività di riedizione del potere posta in essere dalla amministrazione: detta attività è esecutiva della sentenza nei limiti in cui si muove nel perimetro di quanto accertato in sede di cognizione ed è invece attività discrezionale in senso proprio quando definisce aspetti non coperti da quanto accertato in sede giurisdizionale.

La chiarezza della posizione condivisa dalla Plenaria del 2013 viene meno quando l’attività successiva alla pronuncia giurisdizionale è posta in essere dal commissario ad acta qualificato, a seconda dei punti di vista, come sostituto del giudice o organo straordinario dell’amministrazione[2].

E’ vero la questione della qualificazione soggettiva del commissario era stata affrontata e apparentemente definita già dalla Plenaria n. 23 del 1978 la quale l’aveva risolta nel secondo senso chiarendo pure che, di conseguenza, gli atti posti in essere dal commissario avrebbero dovuto essere impugnati nelle forme e nei modi disciplinati dall’art. 27, n. 4 del t.u. del consiglio di stato e degli artt. 90 e 91 del regolamento di procedura. Ma già la pronuncia del ’78, lungi dal porre fine ai dissensi, aveva alimentato ulteriormente il dibattito[3]. Ad essa seguirono infatti numerose sentenze[4] per le quali il commissario è altresì da considerare alla stregua di “organo straordinario della amministrazione” nella misura in cui, rispetto all’attività da questo posta in essere, “la nomina giudiziale rileva solo nel momento genetico dell’istituzione dell’ufficio e non nel momento operativo”.

Il punto è che figura del commissario ad acta presenta profili di ambiguità innegabili per la ragione che “nell’effettività del sistema, il commissario non si limita a compiere attività di esecuzione-ottemperanza al giudicato, ma sostituisce interamente gli organi (ordinari) dell’amministrazione nell’esercizio del potere il cui ciclo viene riaperto dalla caducazione del provvedimento illegittimo”[5] (o dalla sentenza di mera condanna a provvedere). L’esempio tipico di azione del commissario non meramente esecutiva perché tale da travalicare i limiti segnati dalla sentenza è proprio quello del provvedimento adottato in luogo dell’amministrazione dopo che il giudice ne abbia accertato l’inerzia. Si tratta evidentemente di vicende difficilmente conciliabili con la qualificazione del commissario quale mero ausiliare del giudice e rispetto alle quali la coerenza del sistema imporrebbe di riproporre la distinzione tra attività meramente esecutiva di quanto accertato dal giudice in sede di cognizione e attività che non trova alcun riferimento nella sentenza[6]. La prima da contestarsi mediante ricorso per l’ottemperanza, la seconda mediante ricorso di legittimità.

Non a caso, l'intervenuta disciplina positiva del rito avverso il silenzio, con la previsione della nomina del commissario in caso di perdurante inerzia dell'amministrazione, ha rinvigorito il dibattito intorno alla figura del commissario. Così la sezione VI del Consiglio di stato, nella sentenza 25 giugno 2007, n. 3602 osserva che la qualificazione del commissario quale organo ausiliario male si adatta alle ipotesi in cui questi venga nominato dal giudice del rito speciale di cui (allora) all'art. 21 bis della l. n. 1034 del 1071. Infatti, in questo caso, l'attività posta in essere dal commissario *“può atteggiarsi come attività di pura sostituzione, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione se non per quanto attiene al presupposto dell'accertamento della prolungata inerzia dell'amministrazione”*. A meno di non ritenere che con la sentenza di cui all'art. 21 bis il giudice non possa limitarsi a nominare il commissario in caso di inerzia, ma debba altresì dettare le *“direttive per l'operato dell'amministrazione”*.

Nel codice del processo amministrativo il tentativo di attrarre nella giurisdizione l'attività del commissario ad acta è evidente. In tal senso depone la qualificazione soggettiva di questo quale *“ausiliario del giudice”* dovuta all'art. 21 e l'attribuzione alla competenza del giudice dell'ottemperanza di tutte le questioni relative all'esecuzione, dovuta agli artt. 114, comma 6, e 117, comma 4. Entrambe le disposizioni rimettono al giudice che lo ha nominato, e dunque al giudice dell'esecuzione, i ricorsi avverso gli atti del commissario ad acta^[7], fatta salva la impugnabilità dei medesimi in sede di giurisdizione di legittimità da parte dei terzi non parti in causa.

L'opzione evidentemente fatta propria dal legislatore non ha però sopito il dibattito intorno alla figura e al ruolo del commissario. In particolare, e in specie con riferimento all'ipotesi della nomina del commissario in sede di ricorso avverso il silenzio, è restata in campo la tesi secondo la quale si tratta di un organo straordinario dell'amministrazione in quanto egli esercita attività discrezionale in senso proprio^[8]; ovvero di un organo misto in quanto assume di volta in volta l'uno o l'altro ruolo a seconda che la sentenza abbia altresì accertato la *“fondatezza della pretesa”* o abbia un contenuto di mera condanna a provvedere^[9]; o ancora di un organo ausiliario del giudice, il quale però pone in essere atti soggetti a reclamo dinanzi al giudice che lo ha nominato ovvero con ricorso ordinario di legittimità a seconda che essi siano si muovano o meno entro il perimetro dell'accertamento svolto in sede di giudizio di cognizione^[10].

La tesi dell'organo misto è riproposta anche nella giurisprudenza successiva al codice^[11] e fino alla recente Adunanza Plenaria del 9 maggio 2019, n. 7 dove l'affermazione della duplice veste del commissario ad acta e quella dell'esautoramento dell'amministrazione inadempiente da parte di questo rappresentano due passaggi essenziali della motivazione: essendo l'amministrazione inadempiente e surrogata a seguito dell'insediamento del commissario oramai priva della potestà di provvedere, essa versa in una situazione di impossibilità soggettiva sopravvenuta rispetto all'obbligo della penalità di mora e non è più tenuta al pagamento.

4. La posizione della Plenaria n. 8 del 2021: presupposti espliciti ed impliciti per l'attrazione nella sfera della giurisdizione dell'attività del commissario.

La posizione della Plenaria n. 8 del 2021 è, in questo contesto, originale. L'esercizio concorrente del potere commissariale e del potere amministrativo è ritenuto possibile in

ragione della diversa natura dell'attività conseguente alla pronuncia giurisdizionale amministrativa la quale varia a seconda che ad agire sia il commissario o l'amministrazione. Nel primo caso, saremmo in presenza di una attività riconducibile alla giurisdizione in forza dell'investitura e in considerazione della finalità che è quella di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale^[12]. Nel secondo di un potere propriamente amministrativo in quanto conferito dalla legge in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico.

La linea di discriminazione tra attività riconducibile alla giurisdizione (e alla esigenza della sua effettività) e attività propriamente amministrativa (in quanto orientata ai criteri del buon andamento e dell'imparzialità) è tracciata in termini diversi da quelli risultanti dalla tradizione e in modo da prescindere dalla corrispondenza tra l'attività che si colloca oltre la sentenza ed il perimetro del giudicato e comunque dell'accertamento operato in sede di giudizio di cognizione.

In contrario, sul versante dell'amministrazione, si può osservare che questa non è chiamata a compiere alcuna valutazione discrezionale orientata all'interesse pubblico quando la sentenza della cui esecuzione si tratta fissa essa stessa l'assetto degli interessi conforme a legalità. La prova che l'amministrazione è obbligata alla esecuzione proprio in forza del principio di effettività della tutela giurisdizionale viene dal fatto che l'esecuzione dell'ordinanza cautelare o della sentenza esecutiva, ma non ancora passata in giudicato non comporta acquiescenza. In definitiva, per impiegare l'ordine concettuale della Plenaria, l'amministrazione è tenuta alla esecuzione perché la tutela sia effettiva e a prescindere dalle proprie valutazioni in merito all'interesse pubblico.

Per quanto riguarda il commissario ad acta, il criterio della "effettività della tutela" non sembra invece idoneo ad orientarne l'azione ogni qualvolta questa va oltre l'effetto conformativo della sentenza che è limitato. In questi casi inevitabilmente il commissario dovrà compiere valutazioni improntate all'interesse pubblico o, se vogliamo, conformate ai principi di buona amministrazione. Dunque valutazioni discrezionali in senso proprio.

L'affermazione della sufficienza del criterio della effettività (per il quale il processo deve assicurare a colui che ha agito in giudizio "tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire") presuppone un accertamento già svolto in sede di processo di cognizione e che l'attività del commissario si collochi entro i limiti della sentenza da eseguire. Sicché, per la coerenza del sistema, si dovrebbe concludere che l'azione commissariale si può innestare esclusivamente sulla sentenza che abbia altresì accertato la fondatezza della pretesa del ricorrente e non, semplicemente, l'illegittimità del provvedimento negativo o l'inadempimento dell'obbligo di provvedere. Altrimenti, e specie nel rito speciale avverso il silenzio, si configurerebbe il paradosso di un sostituto del giudice che gode rispetto a questo di poteri più ampi.

Il paradosso è evitato da parte di chi limita il potere del commissario di adottare un atto soddisfacente dell'interesse sostanziale del ricorrente alle sole ipotesi nelle quali la sentenza che lo nomina abbia altresì accertato la fondatezza della pretesa. La tesi è stata in effetti proposta ^[13], ma va contro l'evidenza dei fatti. Nell'esercizio del potere il cui ciclo viene riaperto dalla caducazione del provvedimento illegittimo o dalla sentenza di mera condanna a provvedere) il commissario si trova a definire in concreto l'assetto degli interessi tra le parti e dunque a compiere valutazioni discrezionali in luogo degli organi (ordinari) dell'amministrazione ogni qualvolta il giudice si sia limitato ad accertare l'inadempimento

dell'obbligo di provvedere e ad emettere sentenza di mera condanna. Così nel caso di cui alla pronuncia della Plenaria che aveva rimesso al commissario ad acta la valutazione della ammissibilità, o meno, di un intervento di recupero di un insediamento edilizio abusivo o anche nel caso, pacificamente ammesso[14], nel quale al Commissario è rimessa la valutazione se le concrete circostanze consentano di adottare il provvedimento di acquisizione ex art. 42-bis del testo unico sugli espropri.

La corrispondenza tra poteri del giudice e del commissario è recuperata, in altra prospettiva, riconoscendo al primo una giurisdizione estesa al merito nel momento in cui, a fronte di una perdurante inerzia dell'amministrazione, investe il commissario dell'esercizio di poteri sostitutivi [15].

In contrario, vale però ricordare il carattere “chiuso” delle ipotesi di giurisdizione di merito[16] tra le quali non rientra il ricorso avverso il silenzio e anche la considerazione del contenuto della sentenza che nomina il commissario ad acta e che può non prevedere alcuna direttiva per il suo operato (salvo – ancora una volta – i casi in cui essa si pronunci sulla fondatezza della pretesa sostanziale).

In ogni caso le diverse letture sopra ricordate evidenziano un punto che può considerarsi acquisito: l'affermazione per la quale il commissario agisce nell'ambito della giurisdizione di cui il giudice è investito presuppone uguale estensione ed uguale qualità dei poteri che ad entrambi fanno capo.

A questo proposito una diversa soluzione è prospettabile e passa per la valorizzazione dell'art. 117, comma 4: la corrispondenza tra poteri del commissario e poteri del giudice che non è assicurata ex ante in tutti i casi in cui la sentenza che chiude il ricorso avverso il silenzio è di mera condanna a provvedere è recuperata in sede di reclamo avverso gli atti del commissario ad acta.

In sede di reclamo, nel contraddittorio tra le parti[17], il giudice è investito dall'art. 117, comma 4, di “tutte le questioni” inerenti agli atti del commissario ad acta. Il sindacato disegnato dalla norma è ampio perché esteso a tutte le questioni e dunque ad ogni profilo di rispondenza dell'atto ai canoni del buon andamento oltre che della legalità e della imparzialità. D'altro canto il reclamo si colloca in una fase del processo che è propriamente esecutiva o di ottemperanza e perciò pacificamente ascritta alla sfera della giurisdizione di merito. La peculiarità del rito avverso il silenzio si condenserebbe allora nella circostanza per la quale qui il giudice non esercita poteri sostitutivi (della amministrazione) e direttivi (sul commissario) *ex ante* ma piuttosto *ex post* nell'ambito di un sindacato che è esteso ad ogni profilo, di legittimità e di merito, dell'attività del suo ausiliario.

5. Conclusioni.

L'attrazione nella sfera della giurisdizione (di merito) dell'attività del commissario nominato all'esito del ricorso avverso il silenzio offre validissimo supporto al principio di diritto per il quale gli atti adottati dal commissario ad acta non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela[18], né sono da questa impugnabili davanti al giudice

della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili dinanzi al giudice che lo ha nominato^[19].

Non altrettanto convincente la motivazione offerta al principio per il quale l'amministrazione conserverebbe il potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta e pure dopo il suo insediamento.

Per il destinatario della sentenza favorevole e specie nei casi in cui questa non definisca già di per sé l'assetto dei rapporti conforme a legalità, ma contempli margini di discrezionalità in sede di esecuzione, non è affatto indifferente che a provvedere sia l'amministrazione o il commissario ad acta. Se ad agire è l'amministrazione, ogni eventuale contestazione degli atti da questa adottati al di là dei limiti segnati dal contenuto di accertamento (del mero inadempimento dell'obbligo di provvedere) e di condanna (a provvedere) della sentenza da eseguire, dovrà essere proposta nei tempi e nelle forme di un ordinario giudizio di legittimità. Gli atti commissariali saranno invece reclamabili nell'ambito e con l'utilizzo di un rito che segue tempi ben più rapidi e nel quale il giudice esercita un ampio sindacato, esteso al merito.

In definitiva, è condivisibile la scelta della Plenaria di abbandonare definitivamente la locuzione di "organo straordinario" dell'amministrazione spesso utilizzata con riferimento al commissario ad acta nominato nell'ambito del processo e di ascrivere decisamente alla sfera della giurisdizione la sua attività. Per le ragioni sopra chiarite, merita forse un ripensamento l'opzione favorevole a conservare alla amministrazione il potere di provvedere oltre ogni limite fissato dalla sentenza e anche dopo la nomina o l'insediamento del commissario ad acta.

Resta fermo che in tutti i casi in cui il carattere ampiamente discrezionale della attività da svolgere consiglia di riservare la decisione alla competenza e alla responsabilità dell'amministrazione, le parti potranno chiedere, ed il giudice accordare, misure di coercizione indiretta dell'obbligo di provvedere, quali la penalità di mora.

[1] Sia consentito rinviare a A. Scognamiglio, *Silenzi della P.A. e regime giuridico del provvedimento sopravvenuto alla nomina del commissario ad acta*, in questa *Rivista*, 19 gennaio 2021.

[2] Secondo R. Villata, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza (addendum)*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 1074, il diverso regime sostanziale e processuale a seconda che l'atto sia affetto da nullità, per contrasto con il giudicato, o da annullabilità si giustifica anche con riferimento agli atti adottati dal commissario.

[3] Nota R. Villata, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 370, che "di solito le pronunce della Adunanza Plenaria pongono fine, almeno temporaneamente, ai dissensi che si son manifestati nelle singole sezioni. Quasi di segno opposto è stato l'esito della decisione n. 23 del 1978, nella parte concernente la natura giuridica del commissario ad acta e il regime dell'impugnazione dei suoi atti".

[4] In particolare il dibattito sulla natura del commissario straordinario e sul regime dei suoi atti è stato ancora alimentato da una serie di sentenze del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia pure riportate da Villata nello scritto citato alla nota precedente.

[5] R. Villata, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione*, cit.

[6] L'indirizzo favorevole a scomporre l'attività del commissario in due parti (quella meramente esecutiva della sentenza e quella discrezionale) è riconducibile a C.G.A. Sicilia, 21 dicembre 1982, n. 92; Id. 31 maggio 1984, n. 61; Id., 22 marzo 1993, n. 114; cfr. anche T.A.R. Lazio, sez. II, 12 maggio 1988, n. 681; In dottrina, S. Giacchetti, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 1979, I, 2618; ID, *Il commissario «ad acta» nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito*, in *Foro Amm.*, 1986, 1967.

[7] Nella Relazione governativa al codice 7 luglio 2010, §124 emerge la chiara consapevolezza che le due disposizioni citate hanno inteso risolvere “un contrasto di giurisprudenza in ordine all'impugnabilità degli atti del medesimo commissario oramai contestabili innanzi al giudice dell'ottemperanza”.

[8] In particolare, vedi: M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 741-742. L'Autrice rileva che “se l'effetto conformativo della sentenza avverso il silenzio è pressoché nullo, limitandosi alla mera necessità di provvedere, l'attività richiesta al commissario risulta di tipo sostitutivo pieno, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione giudiziale se non per quanto attiene all'accertamento dell'obbligo di provvedere. Ne consegue che il commissario andrebbe assimilato non già all'ausiliario del giudice nominato per dare esecuzione a una sentenza, come avviene in sede di ottemperanza, quanto semmai a un organo straordinario dell'amministrazione rimasta inerte”. In tal senso anche E. Quadri, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2010, 1617; A. Cioffi, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di) *L'Azione amministrativa*, Torino, 2016, 162; V. Lopilato, *Il giudizio di ottemperanza*, in G.P. Cirillo, (a cura di) *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 1094.

[9] G. Mari, *L'azione avverso il silenzio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, Vol. I, 250 e ss.. quando la sentenza è di mera condanna a provvedere, difatti, “il merito della questione viene valutato per la prima volta dal commissario, il quale, non potendo desumere dalla sentenza alcuna indicazione su come avrebbe dovuto svolgersi l'attività amministrativa, opererà in via autonoma, non nella veste di longa manus del giudice, quanto piuttosto di sostituto dell'amministrazione, i cui atti costituiscono autonomi provvedimenti amministrativi, impugnabili con ricorso giurisdizionale ordinario”

[10] L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, 986 e ss..

[11] Vedi ad esempio Tar Lazio, sez. II, 8 luglio 2014, n. 7229 che assimila il commissario nominato dal giudice del silenzio “ad un organo dell'amministrazione” piuttosto che “ad un ausiliario del giudice”.

[12] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2335 per la quale il commissario, in quanto figura che promana dal giudice svolge “attività soggettivamente giurisdizionale”.

[13] In tal senso vedi F. Scalia, *Profili problematici del rito sul silenzio dell'amministrazione nella prospettiva dell'effettività e pienezza della tutela*, in *www.federalismi.it* 2016, 16 ss. La tesi troverebbe conferma nella lettera dell'art. 117, comma 4 che rimette al giudice del silenzio tutte le questioni relative allo “esatto adempimento”. L'impiego dell'aggettivo “esatto” starebbe a testimoniare il carattere necessariamente vincolato dell'attività propria dell'amministrazione (o del commissario che alla stessa si sostituisca) nella fase esecutiva del giudizio sul silenzio. “Solo un'attività vincolata, infatti, può essere definita con esattezza nelle modalità di esecuzione (*quomodo*) e nei contenuti del provvedimento in cui si espliciti, grazie al raffronto con una norma giuridica che riconosca la pretesa e ne indichi, con precisione, i presupposti oggettivi e soggettivi”. L'intenzione del Legislatore di circoscrivere ai casi di attività vincolata la nomina del commissario ad acta emergerebbe ancor più chiaramente dal raffronto tra l'art. 117, comma 4 e l'art. 114, comma 6 il quale rimette invece al giudice dell'ottemperanza: “*tutte le questioni relative all'ottemperanza*” L'eliminazione di ogni aggettivazione del termine “*ottemperanza*” –operata dal primo correttivo al codice – è letta come chiaro indice della volontà del legislatore di concentrare dinnanzi al giudice dell'ottemperanza ogni questione sollevata dalle parti concernente gli atti commissariali, ancorché i vizi che vengano dedotti non si identifichino con i profili di contrasto rispetto alle pregressa statuizione giurisdizionale, ma siano relativi all'ambito di discrezionalità dell'azione del commissario *ad acta*. Nel rito speciale avverso il silenzio, l'accertamento nel merito della fondatezza della pretesa sarebbe rimesso al giudice dell'ottemperanza da adirsi con un nuovo ricorso nel caso in cui persista l'inerzia dell'amministrazione.

[14] Cons. Stato, Ad. plen, 2 febbraio 2016, n. 2.

[15] In tal senso: V. Lopilato, *Articolo 117 – Ricorsi avverso il silenzio*, in F. Caringella - M. Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Milano 2012, 1143 e, già nel vigore dell'art. 21 bis della legge Tar, G. Montedoro, *Ottemperanza speciale “contra silentium” ed ottemperanza anomala nel processo amministrativo*, in *Urbanistica ed appalti*, 2001, 892-893

[16] Come desumibile dal confronto tra la formulazione dell'art. 133 e dell'art. 134 c.p.a.. La prima norma, nel dettare l'elenco dei casi di giurisdizione esclusiva, fa espressamente salve “ulteriori disposizioni di legge”. Un inciso analogo non è invece contenuto nell'art. 134 c.p.a.

[17] Significative dell'incerta natura dell'attività del commissario le perplessità della giurisprudenza riguardo alla soggezione o meno di questa alle regole del giusto procedimento. Così per Cons. stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5500 "Per quanto sia auspicabile che il commissario coinvolga le parti, al fine del raggiungimento di un eventuale accordo, comunque non esiste alcuna disposizione che obblighi il Commissario ad acta a compiere la sua attività garantendo la partecipazione delle parti. L'esigenza di tutela delle ragioni di quest'ultime è assicurata nell'ambito del giudizio di ottemperanza dinanzi al Giudice, al quale può essere presentato eventualmente reclamo nel caso in cui le determinazioni del Commissario ad acta siano ritenute in contrasto con la statuizione giudiziale da eseguire (artt. 112 ss. D.Lgs. n. 104/2010, CPA). Mentre il Tar del Lazio, 17 gennaio 2010, n. 775 si è pronunciato nel senso dell'illegittimità "per la mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza e per la conseguente adozione del provvedimento negativo senza il previo contraddittorio procedimentale, il provvedimento con cui il commissario ad acta all'uopo nominato ha rigettato l'istanza con cui l'Associazione italiana di diritto comparato aveva chiesto al ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca di dichiarare la reciproca ed esclusiva affinità tra i settori scientifico-disciplinari Ius 02 (diritto privato comparato) e Ius 21 (diritto pubblico comparato)".

[18] In tal senso, cfr. Cons. stato, sez. IV, 18 agosto, 2021, n. 2335 e il bel commento di R. Fusco, *Autotutela sugli atti del commissario ad acta nel giudizio avverso il silenzio*, in questa *Rivista*, 3 maggio 2021.

[19] Vedi *supra* al §1, n. 3.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1945 – 22 settembre 2021

Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione

di Giuseppe Severini e Paolo Carpentieri

1. La normazione iconica, fatta di solenni enunciazioni di valori impropriamente vestiti con i panni della legge, è per i giuristi una delle affezioni dei nostri tempi. Rispecchia la pratica semplificatoria dei *social media*, di cui replica l'impronta riduttiva e ricerca la formula disintermediata. Le motivazioni non sono dissimili. È in realtà una sovra-legificazione proclamatoria di simboli ben più che produttiva di norme. Corrisponde assai poco a un bisogno di diritto: lo denuncia il fatto che si presenta molto assiologica e per nulla tassonomica; non evidenzia infatti la *norma agendi* per portare a effetti la proclamazione. Corrisponde a una concezione primaria e regressiva della legge, la espunge dalla realtà articolata dell'edificio del diritto per elevarla a prevaricatorio totem comunicazionale. Insomma, è un paludamento autocelebrativo per il legislatore, ma distante da razionalismo e tecnicismo giuridici. Nel generale crollo culturale della classe politica - ormai più usa al *post* di foto e battute sui *social* che al ragionamento e alla dialettica -, la normazione iconica esprime come si possa piegare a un uso politico lo strumento più tipico del diritto, deprivandolo del ragionamento giuridico che vi è coesistente: e al prezzo di intaccare i postulati della sicurezza giuridica su cui invece si basa lo Stato di diritto.

La normazione iconica è dunque per lo più *inutile* proprio perché non è corredata da autentiche norme e procedure per dar seguito a quella celebrazione di simboli; ma non raramente è anche *dannosa*, perché genera confusione alterando la preesistente realtà dell'ordinamento.

In questo quadro va considerato quanto sta avvenendo nelle aule parlamentari a proposito dell'art. 9 della Costituzione: articolo di preminente importanza tra i *principi fondamentali* della Carta – fino ad oggi mai toccati dalla penna del legislatore costituzionale - che ora si vorrebbe alterare, apparentemente arricchendolo di un comma, collegato a una contestuale modifica dell'art. 41, ma in realtà per buona parte stravolgere.

2. Il 9 giugno 2021 il Senato ha approvato, in prima deliberazione, la proposta di legge costituzionale (in un testo unificato: AC 3156) recante "*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*".

La proposta aggiunge un terzo comma all'articolo 9 della Costituzione ([*La Repubblica*] «*Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*») e ne modifica l'articolo 41 (aggiungendo, al secondo comma, che l'iniziativa economica privata non può recare danno «*alla salute*» e «*all'ambiente*»; e al terzo comma, che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a fini anche «*ambientali*»).

A una prima e superficiale lettura, la proposta, a muovere da queste modifiche all'art. 41, dovrebbe suscitare serie perplessità anzitutto in chi si riferisce ai postulati neolibertari, nei sostenitori del libero mercato come chiave per risolvere ogni questione, nei convinti del primato del *Growth and Development*: anche perché nemmeno reca più il riferimento testuale al concetto-valvola dello «*sviluppo sostenibile*», che pure era previsto in una delle proposte riunite in questo testo unificato; e, circa il danno del secondo comma, non reca l'aggettivo «*significativo*», che pure il recente Regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili si preoccupa di prevedere, in applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, ad evitare che qualsivoglia alterazione ambientale, pur minima, possa rilevare negativamente. Ma non dovrebbe dispiacere a chi ha a cuore e vuol difendere il paesaggio e il patrimonio culturale. In fondo, si potrebbe sostenere, questa modifica opera per addizioni, rafforzando la *tutela dell'ambiente*: la quale, nel suo amplissimo e onnicomprensivo campo di denotazione, include anche il paesaggio; sicché non vi sarebbero ragioni di dubbio dal lato della tutela dei beni culturali, dei beni paesaggistici e del paesaggio. Ma anche in questo caso, come si è più volte osservato in precedenti contributi, "paesaggio" e "ambiente" divergono, si differenziano ed entrano in conflitto. Conflitto oggi acuito, come diremo, dall'irrompere sulla scena giuridica (e politica) della *grande notion* di "transizione ecologica", certo positiva ma in realtà a latitudine indeterminata e specie su questo assai delicato fronte. Di tale generale indeterminatezza è ultima riprova la divergenza di contenuto tra l'indirizzo ricavabile dal recente diritto derivato dell'Unione europea e quello ricavabile dalla più recente posizione italiana attuativa del PNRR (il primo puntando ad ogni intervento a finalità *green*, cioè ambientale; il secondo, almeno nell'ultima stesura, essenzialmente al contenimento del mutamento climatico).

Di conseguenza, a ben vedere - in disparte l'ingenuità giuridica di diversi patrocinatori - questa proposta, se rapportata all'attuale momento storico e letta alla luce delle pressanti contingenze politiche ed economiche, si manifesta in realtà discutibile e assai pericolosa per la tenuta della tutela del paesaggio italiano. Va infatti a incidere, apparentemente per ridondanza ma in realtà per alterazione, su un sistema che ha una sintesi esemplare nel testo dell'articolo 9, secondo comma: snodo dinamico fondamentale, che ha conferito dignità di *principio fondamentale* all'esemplare legislazione generalizzata in Italia a muovere dalla legge Croce del 1922, e la ha proiettata con straordinaria attualità verso sviluppi ulteriori, fecondi di risultati, plasticamente aderenti all'unica e irripetibile specificità dei paesaggi italiani, noti al mondo per bellezza e attrattività ed elemento della stessa identità italiana.

È sì un dato oggettivo che l'art. 9 non usa la parola "ambiente" perché questa, nel senso di *equilibrio ecologico*, è stata tematizzata solo un quarto di secolo dopo: ma questo non vuol dire affatto che non si tratti di un bene che già ha trovato inequivoca protezione nella stessa

Costituzione. I giuristi, dai tempi dei Romani, sanno e insegnano che le norme non risiedono nella sola lettera delle disposizioni ma si ricavano dal loro insieme, e che senza mutare nella lettera si attualizzano con la trasformazione sociale: il diritto non è il mero testo della legge, come una concezione primordiale e arcaica del *nómos* farebbe intendere. Così, da quando mezzo secolo fa è sorta la questione ambientale, dottrina e giurisprudenza ben presto concordarono che la *tutela dell'ambiente* possiede già una chiara base costituzionale nella combinazione dell'art. 9 e dell'art. 32 sul diritto alla salute. Il che è dato non meno oggettivo del precedente, proprio perché il diritto non è composto dalla mera *littera legis*.

È dunque indubbio, per il giurista appena consapevole della realtà dell'ordinamento e che guardi all'effettività costituzionale, un dato giuridico inoppugnabile: la Costituzione, nel testo vigente, già *tutela l'ambiente*. Lo ribadisce testualmente, del resto, da vent'anni l'art. 117, secondo comma, lett. s), che assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la «*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*». La previsione fu introdotta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, la c.d. riforma del Titolo V: il che non sarebbe stato possibile se non vi fosse stata già una copiosa giurisprudenza costituzionale che, appunto, affermava che la tutela dell'ambiente era già implicitamente presente nella Costituzione (es. Corte cost., n. 238/1982; 210/1987; 641/1987; ecc.).

Sicché oggi l'aggiunta *anche* testuale, nell'art. 9, della tutela de «*l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi*» appare anzitutto *inutile*, perché ripetitiva di un precetto presente e incontestato e dunque produttiva di nessuna autentica utilità: il che già dovrebbe consigliare un legislatore costituzionale minimamente accorto a non turbare, per un nessun valore aggiunto, il valore superiore della sicurezza costituzionale, e massimamente in tema di *principi fondamentali*. Ma poco sarebbe, se non si dovesse ahimè rilevare che è soprattutto *dannosa*. E forse non involontariamente dannosa, almeno per certi punti di vista.

Infatti, la dizione proposta, dalla confusa connotazione e dalla vaga denotazione, reca con sé un effetto pratico dirompente, in particolare per un Paese qual è l'Italia: di banalizzare il *principio fondamentale* della tutela del paesaggio, che pure è così radicato ed essenziale per la percezione generale di quello che già Dante e Petrarca chiamarono *il Bel Paese* e che ha trovato nell'art. 9 – come icasticamente scrisse Sabino Cassese – la costituzionalizzazione delle teste di capitolo del corpo legislativo precedente il quale – è da sottolineare – corrispondeva alla tradizione culturale e alla coscienza nazionale. La *dannosità*, insomma, si profila e si concretizza contro il mirabile paesaggio italiano e contro il delicato, prezioso sistema di sua tutela approntato e affinato con accurata sapienza giuridica lungo tutto un secolo: e questo affonda nell'identità e nella cultura dell'Italia al punto che il collegamento tra cultura e paesaggio – la *culturalità* del paesaggio – modella la sua protezione giuridica e offre la base al riconoscimento della massima dignità costituzionale.

Nella realtà, infatti, non può sfuggire anche al più distratto tra i giuristi che affiancare la *tutela dell'ambiente* alla *tutela del paesaggio* della Nazione, significa porre sullo stesso piano, dunque equiordinare nella forma e nella sostanza, l'una nozione e funzione all'altra. L'effetto reale è di dequotare senz'altro, in pratica vanificare, il rilievo del paesaggio e della sua protezione di fronte a nuove opere che si assumono di difesa dell'ambiente-quantità: in pratica, espungendolo dalla primaria e icastica collocazione tra i *principi fondamentali* della Costituzione ogniquale volta la sua difesa si ponga in concreto contrasto con la sua alterazione provocata da interventi mitigatori dell'inquinamento e dunque di contrasto al cambiamento climatico: tali o solo asseriti tali che siano. Come dire che – contro ogni ragionevolezza – il *vulnus* al

paesaggio va non più valutato in concreto ma ora, e per categorie generali, presunto in questi casi come senz'altro inesistente.

La consapevolezza di quanto sopra conduce dunque ad un'estrema cautela davanti a una proposta di modifica costituzionale come quella di cui parliamo. In disparte che per diversi Autori la modifica costituzionale non può giungere a toccare il testo dei *principi fondamentali* della Costituzione (questo sarebbe il primo caso), la domanda di fondo è se la configurazione materiale e visibile dell'Italia, con quanto vi corrisponde in termini di valore identitario, sedimentazione culturale, attrattività turistica e riferimento, meriti di essere nel volgere di brevissimo tempo sacrificato di fronte a cento e cento foreste di torri eoliche che muterebbero irrimediabilmente l'idea e il "*volto amato della Patria*", secondo la celebre espressione di John Ruskin che cento anni fa veniva da tutti evocata a sintesi dell'idea stessa di tutela del paesaggio.

3. Occorre dunque guardarsi dall'inganno per cui, a un esame disattento delle implicazioni, sembrerebbero non esservi ricadute nocive per la primazia della tutela del paesaggio.

Così, in verità, non è: anche indipendentemente dal rapporto con la tutela del paesaggio, va anzitutto rilevato che, in questa formalizzata tutela de «*l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*», si può implicare finanche il più ingannevole *greenwashing* industriale, solo che si vesta appunto di quel comodo e generoso abito. Del resto, oggi finanche il carbone, per taluni, è "verde", come è verde l'operazione industriale della sostituzione con l'auto elettrica del parco auto circolante, come "verdi" sono le distese di centinaia di ettari di pannelli fotovoltaici messi nei campi agricoli, o i "parchi eolici" che, in nome di quella *religione dell'eolico* che in Francia sta facendo insorgere molti per le devastazioni che reca, stanno cambiando il volto dei paesaggi appenninici, finora sopravvissuti alla cementificazione. E così si viene direttamente al conflitto tra questa tutela del «*l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi*» e la tutela del paesaggio consacrata dall'art. 9, secondo comma, della Costituzione. Il punto, reale, è che davvero troppo è in sé acriticamente qualificabile come "verde", anche operazioni pianificate essenzialmente per lucrare i generosi incentivi pubblici.

È piuttosto un dato oggettivo e realistico che la *tutela del paesaggio* non sempre va d'accordo con la *tutela dell'ambiente* se questa è acquisita nella sua declinazione industrialista. Una tale declinazione oggi insidia non infrequentemente il concetto, certo positivo ma non sufficientemente specificato su questo lato, della "transizione ecologica". In effetti, alcuni suoi sostenitori assumono che qualsiasi opera vi trovi giustificazione in nome del contrasto del riscaldamento globale e che perciò prevale sempre e comunque sulla tutela paesaggistica: perciò polemizzano con le soprintendenze, a loro dire ree di rallentarla; e propugnano la diffusione senza contrasti, dovunque e comunque, dei "parchi" fotovoltaici ed eolici. Il "nemico" della transizione ecologica parrebbe dunque, a dire di costoro, essere costituito dall'effettività della tutela del paesaggio e dagli organi statali che vi danno concretezza ...

In termini concettuali, il rischio, prima ancora che nell'indefinitezza del concetto di "*transizione ecologica*", si annida già nel corto circuito logico del "*pensare globale – agire locale*" e nell'intrinseca ambiguità dello "*sviluppo sostenibile*", pur se – come detto – non menzionato da

questa proposta. *“Pensare globale e agire locale”*, nella decezione insita nel quasi ossimoro dello *“sviluppo sostenibile”* (sarebbe stato meglio a suo tempo tradurre *“sustainable development”* in *“sviluppo durevole”*, come si è fatto in francese con *“développement durable”*, a rimarcare la durevolezza nel tempo del risultato e ad attenuare il peso del pilastro economico rispetto a quelli ecologico e sociale), ha un significato pratico di enorme impatto: significa la disponibilità del valore del paesaggio a fronte di qualsivoglia intervento asserito di *“transizione ecologica”*; un effetto materialmente e culturalmente devastante per l’Italia e costituito dal sacrificio, di forme e proporzioni inedite, dei paesaggi italiani; e quale che ne sia il pregio e il valore identitario. Tutto questo in nome di un’asserita e futuribile *“decarbonizzazione”* e del contrasto del mutamento climatico: come se coprire i terreni agricoli di pannelli fotovoltaici e le dorsali appenniniche di torri eoliche possa davvero comportare un’effettiva incidenza sul riscaldamento globale, visto che l’Europa intera contribuisce al riscaldamento con meno di un decimo delle emissioni globali mentre l’Amazzonia continua a essere bruciata, il PIL della Cina continuerà a crescere con ritmi a due cifre all’anno con effetti evidentemente globali da emissioni di carbonio che dovranno raggiungere il picco tra il 2025 e il 2030, e l’India semplicemente sembra ignorare il problema. Esiste, è il caso di davvero domandarsi, una reale e ragionevole proporzione di prezzo tra il danno elevatissimo che va a subire la configurazione dell’Italia e l’effettivo contributo alla mitigazione del riscaldamento globale che può offrire il sacrificio del suo paesaggio? La risposta negativa è *in re ipsa* e dovrebbe condurre il Parlamento ad accentuare la prudenza e alzare la guardia di fronte ad una tale temeraria innovazione costituzionale: ad evitare che, per il paesaggio italiano, la *“transizione ecologica”* si traduca in un costo elevatissimo e insensato, dall’effetto per di più pressoché irrilevante.

Insomma, si profila con ogni serietà il rischio che la modifica costituzionale possa provocare, quale suo immediato effetto tangibile, quello di subordinare la tutela paesaggistica alla straripante diffusione degli impianti industriali di produzione di energia da fonti rinnovabili: La devoluzione, a quel punto, alle mere logiche di mercato (tolte di mezzo gli orpelli amministrativi della tutela paesistica) li dice destinati a essere realizzati lì dove la proprietà privata è più debole e più facilmente aggredibile, ossia nei terreni agricoli e nelle aree interne. La modifica degli articoli 9 e 41 Cost., senza poter in realtà innovare al bilanciamento e agli equilibri tra i valori costituzionali di tutela dell’ambiente salubre e di iniziativa economica privata, finirebbe così per veicolare senza remore la trasformazione industriale dei paesaggi agrari e appenninici del Paese: un nuovo *“interesse tiranno”*, capace di facilmente travolgere la tutela paesaggistica che ancora lo conteneva. Sono segnali inequivoci e ben visibili di questa dinamica aggressiva il conflitto, di dimensioni ormai fuori da ogni proporzione, intorno a elefantiaci progetti di parchi fotovoltaici nelle campagne della Toscana, dove la Regione Lazio ricusa di considerare (come invece richiede la Soprintendenza) l’effetto paesaggistico della sommatoria dei numerosi progetti (ciascuno per decine e decine di ettari di suolo agricolo) presentati in sequenza o in parallelo da più operatori economici; o la recente disciplina semplificatoria inserita nel decreto-legge di semplificazione n. 77 del 2021 (Capo VI, *Accelerazione delle procedure per le fonti rinnovabili*, artt. 30-32) per limitare i controlli paesaggistici in relazione ai progetti – dichiaratamente attuativi della *“transizione ecologica”* – per la realizzazione delle suddette tipologie di impianti.

Si dice: «ma è l’Europa che ce lo chiede». Ma non è così. L’Europa fissa obiettivi strumentali solo percentuali: il regolamento (UE) 2021/1119 del 30 giugno 2021 *“che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica”* (detto - in accentuazione comunicazionale - *“European Climate Law”* o *“Loi européenne sur le climat”*) e il pacchetto *“Fit for 55”* del 14 luglio 2021

finalizzato a ridurre entro il 2030 le emissioni di gas serra del 55% rispetto al 1990 (in vista della “*carbon neutrality*” da raggiungere entro il 2050). Però lascia alla responsabilità degli Stati membri di scegliere il mix qualitativo di misure da loro stimate più congrue e opportune a seconda delle caratteristiche del Paese. Siamo noi (per il mezzo dei rappresentanti governativi inviati a negoziare a Bruxelles) che ci siamo accollati impegni e ancor più “*ambiziosi obiettivi*” che rischiano di sancire l’ulteriore devastazione dei paesaggi italiani e stavolta su vasta scala (“ambizioso”, “*ambitious*” è un aggettivo che ormai ricorre con la frequenza di un intercalare nei vari documenti, europei e nazionali, nella materia: un aggettivo che la logica giuridica imporrebbe di trattenere quando si formulano testi che vogliono essere davvero normativi, com’è buona regola per le aggettivazioni ridondanti).

In questi termini, occorre prima di tutto precisare cosa davvero, sul versante del paesaggio italiano, deve significare l’ancora troppo impreciso concetto di “transizione ecologica”: la produzione di “energie pulite” non deve infatti comportare lo stravolgimento del volto dei nostri territori (agire locale, ma pensare globale ...). Occorre non generare gravi danni collaterali locali, certi e immediati, in una guerra globale dagli esiti futuri e assai complessi (e con gravi difficoltà di partenza, come indica l’indirizzo del contenimento del *climate change* insito in *mitigazione* e *adattamento* ai cambiamenti climatici: i primi due dei sei obiettivi ambientali del fondamentale regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 sulla tassonomia della finanza sostenibile).

Questa è in realtà l’urgenza, non già la prospettata modifica costituzionale. Ma ahimè nessuna norma viene immaginata per instradare gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili solo verso il *brown field*, le tante migliaia di capannoni abbandonati o meno che da tempo hanno devastato la gran parte delle aree e delle conurbazioni di tutta l’Italia. Continua insomma a prevalere la solita, usurata logica degli anni ’60 e ’70 del secolo scorso, per la quale l’agricoltura è di suo un disvalore da cancellare, sicché sono aggrediti in primo luogo e soprattutto i terreni agricoli, dove la proprietà è povera e debole, ma non le coperture dei manufatti delle imprese industriali e commerciali, pur se fallite e in liquidazione.

Se non si impongono questi previi limiti definitivi all’attuale latitudine indeterminata della “transizione ecologica”, che ha assorbito la *tutela dell’ambiente* polarizzandola in senso industriale, è al massimo livello pericolosa l’inedita modifica dei *principi fondamentali* della Costituzione. Senza un tale previo chiarimento, dopo la modifica costituzionale risulterebbe addirittura coperto costituzionalmente un piano o un programma che decretasse la libera realizzazione di parchi eolici e fotovoltaici, oggi invece esposto a seri e fondati dubbi per contrasto con l’art. 9, secondo comma. Questo, e solo questo, sarebbe il risultato pratico di una così inutile, e soprattutto dannosa, modifica di un *principio fondamentale* della Costituzione.

Per questi motivi chi ha a cuore il *volto amato della Patria*, dunque la tutela del paesaggio, non può non essere preoccupato per quest’incauta proposta di modifica del *principio fondamentale* costituzionale, utile solo a rafforzare il tentativo (in atto sotto l’usbergo degli “ambiziosi” obiettivi di ripresa e resilienza) di spazzar via ogni plausibile e giustificata resistenza al dilagare incontrollato di invasivi impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1983 – 13 ottobre 2021

L'accesso defensionale a materiali e contenuti informativi in possesso della RAI (il caso Report).

(nota a TAR Lazio, Sez. III, 18 giugno 2021, n. 7333)^[1]

di Martina Sinisi

Sommario: 1. Il perimetro dell'accesso delineato dalla sentenza. – 1.1. La perimetrazione soggettiva: gli obblighi ostensivi di RAI con riferimento all'accesso procedimentale e l'esclusione degli stessi in relazione all'accesso civico generalizzato. – 1.2. La perimetrazione oggettiva: l'accesso a materiali e contenuti informativi dell'attività giornalistica. – 2. Le conclusioni cui giunge la sentenza: il superamento della potenziale conflittualità con gli interessi contrapposti e la preminenza dell'interesse defensionale – 2.1. L'adesione all'orientamento maggioritario sulla valutazione in astratto delle esigenze difensive ai fini dell'accoglimento dell'istanza di accesso. – 3. Brevi considerazioni conclusive.

1. Il perimetro dell'accesso delineato dalla sentenza.

La tematica dell'accesso, come noto, negli ultimi anni è stata costantemente sotto la lente di ingrandimento della giurisprudenza (oltre che della dottrina, che ne aveva attenzionato le criticità fin dall'introduzione del c.d. decreto trasparenza - d.lgs. n. 33/2013 s.m.i.), tanto da richiedere, in assenza di una chiara e univoca indicazione normativa e nel perdurare delle incertezze interpretative, l'intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con una serie di pronunce^[2], si è preoccupata di delineare i rapporti tra l'accesso civico generalizzato e il preesistente accesso procedimentale di cui alla l. n. 241/90 s.m.i. in termini di complementarietà e, al contempo, di autonomia, chiarendone così anche la

dimensione dell'uno in rapporto all'altro, più volte descritta dalla giurisprudenza come *“più ampia e meno profonda”* con riferimento all'accesso civico generalizzato per la maggiore ampiezza dell'oggetto della pretesa conoscitiva e per l'assenza di un collegamento con una posizione giuridica qualificata, a differenza dell'accesso procedimentale in cui la pretesa conoscitiva vanta un oggetto meno ampio, ma risulta essere maggiormente profonda perché collegata a un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.

In questa cornice si pone la pronuncia del TAR Lazio, resa all'esito di una controversia che, nasceva dal diniego opposto a una istanza di accesso agli atti presentata, come spesso accade soprattutto nella diffusa incertezza sui presupposti per l'accesso e sull'ampiezza del potere valutativo rimesso all'amministrazione nell'accogliere o nel rigettare la relativa istanza, sia ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990 s.m.i. che ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013 nei confronti della Rai-Radiotelevisione Italiana S.p.A. in ragione di esigenze difensive (*“l'esigenza .. di tutelare la propria reputazione nelle sedi competenti?”*) in riferimento a un servizio mandato in onda dall'emittente televisiva in cui sarebbero state riportate *“notizie false e fuorvianti?”* sull'istante e sull'attività professionale dallo stesso esercitata.

Veniva pertanto richiesta l'ostensione dei materiale e dei contenuti informativi in possesso della RAI e, più precisamente, costituivano oggetto di istanza di ostensione: *“a) tutte le richieste rivolte dai giornalisti e/o dalla redazione di “Report”, tramite e-mail o con qualsiasi mezzo scritto o orale, a persone fisiche ed enti pubblici (Comuni, Province, ecc.) o privati (fondazioni, società, ecc.), per ottenere informazioni e/o documenti riguardanti il ricorrente e la sua attività professionale; b) tutti i documenti e/o le informazioni fornite ai giornalisti e/o alla redazione di “Report” a seguito delle richieste sub a), e in particolare la corrispondenza personale intercorsa tra lo scrivente e soggetti terzi illustrata nella parte finale del servizio; c) ogni altra corrispondenza non ricompresa sub a) o b) che sia intervenuta tra i giornalisti e/o la redazione di “Report”; d) file video integrali della trasmissione e in particolare delle interviste poi confluite nel servizio mostrato al pubblico; e) dati integrali degli ascolti della trasmissione su base nazionale e regionale; f) dati integrali relativi alla pubblicizzazione del servizio sui canali Rai, quotidiani, periodici o altri mezzi di informazione”*.

Riconosciuta fondata, nei limiti di cui si dirà, l'istanza di accesso procedimentale (e non anche quella di accesso civico generalizzato per cui, con riferimento alla RAI, opera la causa di esclusione di cui al comma 2-bis, lett. b) del d. lgs. n. 33/2013, come si vedrà meglio *infra*), in quanto ricorrenti nel caso di specie i relativi presupposti e cioè la sussistenza di un interesse 'diretto' (*“in ragione dell'obiettiva riferibilità della documentazione richiesta alla sua persona trattandosi di materiale inerente al servizio televisivo che lo aveva specificamente riguardato”*), 'concreto' (*in quanto funzionale a promuovere iniziative a tutela del suo buon nome e di un interesse*) e 'attuale' (*“dal momento che il servizio giornalistico lesivo della sua reputazione continuava ad essere visionabile sul sito internet della RAP”*), nonché una situazione giuridicamente tutelata in collegamento alla documentazione oggetto dell'istanza di accesso (*“dal momento che i documenti concernenti l'attività espletata dai giornalisti incaricati del pubblico servizio radiotelevisivo così come i dati degli ascolti risulterebbero strettamente collegati alla situazione legittimante integrata dall'esigenza di tutela dei diritti – di rilievo costituzionale – all'onore e al buon nome, in quanto preordinati alla piena conoscenza di ciò che avrebbe preceduto la messa in onda del servizio e la diffusione dei contenuti lesivi, in vista dell'eventuale proposizione di iniziative risarcitorie”*), il TAR, coerentemente con la riconosciuta prevalenza della pretesa conoscitiva supportata da necessità difensive, ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241/90 s.m.i., ma suscitando qualche perplessità per la peculiarità della fattispecie in esame, ha condannato la RAI all'ostensione dei documenti in suo possesso, ivi comprese la corrispondenza

giornalistica dell'autore del servizio e la documentazione proveniente da interlocuzione con la pubblica amministrazione, tra cui quella formata dalla stessa pubblica amministrazione e successivamente acquisita dalla RAI. Ciò sul presupposto implicito del rinvio operato dall'art. 22 comma 1, lett. d) agli atti "detenuti" (e non dunque a quelli "formati") dalla p.a., così superando le eccezioni relative al segreto professionale, almeno con riferimento a fonti pubbliche, e all'autonomia giornalistica, in ragione dell'impiego del giornalista presso emittente televisiva pubblica (con ciò implicitamente differenziando quanto a regime applicabile l'analoga posizione di coloro che svolgono attività giornalistica presso emittenti private non esercenti attività di pubblico interesse)[3].

Sgombrato il campo dalla possibilità di esercitare l'accesso civico generalizzato e ristretto lo stesso alla sola ipotesi di accesso procedimentale, si vanno delineando più nettamente i profili da attenzionare e le correlate implicazioni.

In primo luogo viene in rilievo rispetto agli obblighi di trasparenza – intesa in senso lato, rimanendo nel più circoscritto perimetro dell'accesso procedimentale, come si è detto in premessa – la posizione del giornalista che svolga la propria attività: se cioè corra l'obbligo di distinguere tra lo svolgimento dell'attività in forma autonoma o piuttosto subordinata in favore di una emittente pubblica o privata che svolga un servizio pubblico, o se piuttosto le due posizioni, che si differenziano sotto il profilo contrattuale, tendano a sovrapporsi quanto agli obblighi di carattere pubblico inerenti allo svolgimento di un servizio di pubblico interesse. In altri termini: se lo svolgimento formalmente autonomo o piuttosto subordinato dell'attività giornalistica incida o meno sugli obblighi ostensivi del materiale informativo e se dunque tali obblighi nascano per il solo fatto di aver prestato la propria attività giornalistica in favore di una emittente che svolga un servizio pubblico o di pubblico interesse e quindi determini sempre e comunque un obbligo di ostensione del materiale informativo raccolto in vista del servizio giornalistico successivamente trasmesso in quanto attività prodromica e come tale inclusa nel servizio stesso, con l'effetto che la distinzione rimarrebbe nella sfera "interna" e rilevarebbe ai soli fini civili (contrattuali), come pare essere. A ciò si aggiunga che la giurisprudenza civile ha in più occasioni sottolineato che in tale ambito il carattere della subordinazione risulta generalmente attenuato proprio per la creatività e la particolare autonomia che qualificano la prestazione lavorativa, nonché per la natura prettamente intellettuale dell'attività stessa[4].

La questione, non posta espressamente dalla sentenza ma inevitabilmente sottesa ad un più ampio esame quantomeno in termini di riflessione generale con riferimento all'intero ventaglio delle ipotesi di accesso prospettabili, pare con buona probabilità da ritenere implicitamente superata dalla lettura offerta e dal principio di diritto enunciato.

Collegato a tale profilo vi è poi quello più specificamente inerente all'oggetto dell'istanza di accesso – fonte di maggiori dubbi – e, in particolare, agli atti provenienti da interlocuzioni con pubbliche amministrazioni, cui tale oggetto risulta essere circoscritto nella prospettazione resa dal TAR. La generica legittimazione passiva degli enti pubblici, cui i soggetti possono rivolgersi direttamente, ricorrendo i presupposti dell'interesse diretto, concreto e attuale e del collegamento con una situazione giuridica legittimante, sembra scontrarsi nel caso di specie con l'obbligo di mantenere la segretezza sulla fonte di acquisizione delle notizie divulgate e rimarrebbe quindi, a voler ammettere la conoscibilità di tali atti con debita oscurazione della fonte, in qualche modo assorbita dalla riconosciuta legittimazione passiva in capo alla RAI nel più ampio quadro sopra descritto e che si

specificherà ulteriormente in prosieguo. La conclusione a cui giunge il TAR relativamente all'obbligo di RAI di esibire gli atti richiesti viene motivata in ragione dello svolgimento di un pubblico servizio; circostanza, questa, che, a detta del TAR, renderebbe la RAI soggetta agli obblighi di trasparenza sottesi alla l. n. 241/90 e consentirebbe di superare la prospettazione difensiva fondata sulla prevalenza che si sarebbe dovuta riconoscere al segreto giornalistico sulle fonti informative per “*sostenere l'esclusione ovvero la limitazione dell'accesso nel caso di specie*”. Secondo il TAR, in buona sostanza, l'attività consistente nella rappresentazione di notizie non può ritenersi disgiunta da quella preparatoria, volta all'acquisizione, alla raccolta e all'elaborazione delle notizie poi oggetto di rappresentazione; tanto più se si tratta di documenti ed atti formati ovvero detenuti da una pubblica amministrazione o da un privato gestore di un pubblico servizio.

La questione non è di poco conto: si afferma l'accessibilità di atti formati da enti pubblici e solo successivamente acquisiti dalla RAI tramite il giornalista, legittimando l'oggetto della pretesa conoscitiva in virtù del collegamento tra il servizio messo in onda e l'attività preparatoria volta all'acquisizione della documentazione e delle informazioni.

1.1. La perimetrazione soggettiva: gli obblighi ostensivi di RAI con riferimento all'accesso procedimentale e l'esclusione degli stessi in relazione all'accesso civico generalizzato.

Il riconoscimento della legittimazione passiva in capo alla RAI nel caso di accesso procedimentale e la ricorrenza di una specifica causa di esclusione nel caso di accesso civico generalizzato, come rilevato dalle precedenti pronunce della medesima sezione^[5], ha determinato l'accoglimento dell'una istanza (sia pure limitata sotto il profilo oggettivo) e il rigetto dell'altra da parte del TAR.

Se infatti l'art. 22, comma 1, chiarisce, nell'ambito di disciplina dell'accesso procedimentale, che per “*pubblica amministrazione*” si devono intendere “*tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*”, così includendo tra i destinatari delle istanze di accesso anche i gestori di pubblico servizio, ai fini dell'accesso civico generalizzato ricorre nel caso di RAI un'ipotesi di esclusione soggettiva in quanto società emittente di strumenti quotati in mercati regolamentati, ai sensi dell'art. 2-*bis*, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 33/2013, in combinato disposto con l'art. 2, comma 1, lett. p) del d.lgs. n. 175/2016^[6].

Al contrario, per quanto riguarda l'accesso procedimentale ex l. n. 241/90 s.m.i., non vi è dubbio che la RAI, in quanto soggetto esercente un pubblico servizio, rientri nella più ampia nozione di pubblica amministrazione di cui al richiamato art. 22, comma 1, lett. e), comprensiva – come ricordato – di tutti i soggetti di diritto pubblico e quelli di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse e, in quanto tale, l'attività da essa svolta rimane soggetta al diritto di accesso.

Già in precedenti pronunce^[7] il TAR aveva avuto occasione di affermare la soggezione della RAI agli obblighi ostensivi di cui agli artt. 22 e ss. l. n. 241/1990 in forza del riferimento normativo anche ai “*gestori di pubblici servizi*”.

Pur nella sua veste formalmente privatistica di società per azioni e pur agendo mediante atti di diritto privato, la RAI “*conserva indubbiamente significativi elementi di natura pubblicistica*”, come

ricorda il TAR, ravvisabili in particolare “a) nella prevista nomina di numerosi componenti del C.d.A. non già da parte del socio pubblico, ma da un organo ad essa esterno quale la Commissione parlamentare di vigilanza; b) nell’indisponibilità dello scopo da perseguire e cioè il servizio pubblico radiotelevisivo, prefissato a livello normativo; c) nella destinazione di un canone, avente natura di imposta, alla copertura dei costi del servizio da essa gestito”. L’azienda, inoltre, essendo di proprietà pubblica e rappresenta la concessionaria in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo, è “pienamente riconducibile all’ambito di applicazione della normativa sul diritto di accesso”.

Non è valsa a orientare in senso contrario il TAR neanche l’eccezione opposta dalla RAI circa la pretesa estraneità dell’attività oggetto dell’istanza ostensiva, all’ambito del servizio pubblico radiotelevisivo gestito dalla medesima. Il punto non appare affatto trascurabile, anche perché proprio l’oggetto dell’istanza ostensiva, almeno in parte, può ingenerare alcuni dubbi come si vedrà meglio nel paragrafo seguente.

Da un lato, precisa il TAR, “la rappresentazione di notizie operata all’interno di un servizio trasmesso nel corso di un programma di inchiesta giornalistica in onda su una rete RAI non può configurarsi come attività distinta da quella di ‘informazione pubblica’ riconducibile nell’ambito della nozione di servizio pubblico radiotelevisivo affidato in gestione alla medesima Società, del quale sono ritenuti caratteri essenziali il pluralismo, la democraticità e l’imparzialità dell’informazione.. Dall’altro, l’attività consistente nella rappresentazione di notizie non può ritenersi disgiunta da quella preparatoria, volta all’acquisizione, alla raccolta e all’elaborazione delle notizie poi oggetto di rappresentazione”.

Da questo punto di vista emerge il diverso regime ai fini dell’accesso agli atti cui sarebbero sottoposti i giornalisti che svolgono la propria attività presso una emittente pubblica o equiparata – qual è l’emittente privata che svolga attività di servizio pubblico o di pubblico interesse e come tale rientrerebbe nella nozione di pubblica amministrazione richiamata in precedenza – rispetto a quelli che svolgono l’attività giornalistica al di fuori di tale perimetro. Ciò si giustificerebbe in virtù della peculiare finalizzazione dell’attività svolta dal giornalista – non è del tutto chiaro, ma sembra di poter così affermare anche in virtù del silenzio serbato dal TAR sulla specifica distinzione, se in virtù di qualunque tipo di collaborazione contrattuale, tanto subordinata quanto caratterizzata da autonomia perché indipendente dal vincolo di subordinazione e quindi dall’assoggettamento del prestatore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, ad esempio nei casi in cui la collaborazione avvenga da libero professionista a partita iva, oppure come lavoratore autonomo occasionale ovvero sotto forma di cessione del diritto d’autore etc.[8] – che ne impone la soggezione agli obblighi pubblici.

1.2. La perimetrazione oggettiva: l’accesso a materiali e contenuti informativi dell’attività giornalistica

Il precedente paragrafo introduce alla perimetrazione oggettiva operata dal TAR circa i materiali e i contenuti informativi accessibili.

Condivisibili, almeno in linea di principio, appaiono le precisazioni svolte dal TAR sul fatto che “la rappresentazione di notizie operata all’interno di un servizio trasmesso nel corso di un programma di inchiesta giornalistica in onda su una rete RAI non può configurarsi come attività distinta da quella di “informazione pubblica” riconducibile nell’ambito della nozione di servizio pubblico radiotelevisivo affidato in gestione alla medesima Società, del quale sono ritenuti caratteri essenziali il pluralismo, la democraticità e l’imparzialità dell’informazione (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 112/1993; in senso analogo, cfr.

TAR Lazio, sede di Roma, sez. I, sent. 14 giugno 2019, n. 7761”, e che *“l’attività consistente nella rappresentazione di notizie non può ritenersi disgiunta da quella preparatoria, volta all’acquisizione, alla raccolta e all’elaborazione delle notizie poi oggetto di rappresentazione”*.

Con riferimento alla delimitazione operata dal TAR della documentazione ostensibile va però precisato quanto segue.

Non è valorizzata in sentenza – almeno non in via espressa – la formale riconducibilità di alcuni degli atti che formavano oggetto dell’ampia istanza di accesso alla nozione di *“documento amministrativo”* ai sensi dell’art. 22, co. 1, lett. d, della L. n. 241/90 s.m.i. (v. *supra*, par. 1, spec. lett. a, b e c del passaggio della sentenza richiamato), in cui invece rientra a pieno titolo *“ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica”*; nell’iter argomentativo esposto l’oggetto dell’istanza di accesso viene ridimensionato piuttosto in virtù della correlazione tra *“l’interesse prospettato”* e *“la situazione giuridicamente tutelata collegata ai documenti oggetto della richiesta di accesso”* (così implicitamente comprendendo nella nozione di documento amministrativo quanto in tal modo perimetrato).

Muovendo da questo presupposto, il TAR svolge le seguenti considerazioni.

Il servizio di inchiesta giornalistica in discussione aveva ad oggetto la gestione dei fondi regionali e la complessa rete di rapporti che avrebbero visto coinvolta l’amministrazione locale e i professionisti attivi sul territorio regionale e che in tale contesto l’istante/ricorrente veniva indicato come professionista di riferimento per le attività di consulenza e per altri incarichi affidati dalla Regione e da alcune amministrazioni comunali ovvero da altri enti pubblici a carattere locale *“in una rappresentazione connotata in senso negativo fondata su informazioni false e fuorvianti, in quanto sarebbe stato indicato come riferimento soggettivo di un intreccio di rapporti quantomeno opachi”*. In questa prospettiva – e cioè sotto il profilo dell’interesse difensivo – il TAR ha ritenuto suscettibile di ostensione la documentazione *“connessa all’attività preparatoria di acquisizione e di raccolta di informazioni riguardanti le prestazioni di carattere professionale svolte dal ricorrente in favore di soggetti pubblici, confluite nell’elaborazione del contenuto del servizio di inchiesta giornalistica mandato in onda”*, come detto, nello specifico avente ad oggetto la rete di rapporti di consulenza professionale instaurati su incarico di enti territoriali e locali.

Tale documentazione risultava costituita in particolare, dalle *“richieste informative rivolte in via scritta dalla redazione del programma ad enti di natura pubblica in merito all’eventuale conferimento di incarichi ovvero di consulenze in favore di parte ricorrente, unitamente ai riscontri forniti dai suddetti enti, in quanto rientranti nel novero dei documenti e degli atti formati ovvero detenuti da una pubblica amministrazione o da un privato gestore di un pubblico servizio”*.

È in questi termini che il TAR delimita la documentazione ostensibile.

Il passaggio tuttavia appare di peculiare importanza anche per la conseguente considerazione espressa dal TAR secondo cui *“la delimitazione in siffatti termini della documentazione ostensibile, coinvolgendo l’interlocuzione intercorsa con soggetti di natura pubblica, rende priva di rilievo nel caso concreto la prospettazione difensiva articolata dalla Società resistente circa la prevalenza che dovrebbe riconoscersi al segreto giornalistico sulle ‘fonti’ informative per sostenere l’esclusione ovvero la limitazione dell’accesso nel caso di specie”*. Nulla si dice invece con riferimento al motivo dell’esclusione, sia pure implicita, dal perimetro degli atti ostensibili degli altri atti (richieste rivolte dai giornalisti a privati quali società o fondazioni e, più genericamente, alla corrispondenza personale intercorsa).

Con riferimento alla perimetrazione oggettiva così come effettuata in sentenza non possono sottacersi alcune perplessità legate principalmente a due circostanze, tra loro connesse, e specificamente: l'affermazione della legittimazione passiva della RAI all'accesso nel caso di atti formalmente provenienti da enti pubblici, considerati *tout court* ostensibili dal TAR proprio in ragione della natura pubblica dell'ente che ha formato l'atto e le implicazioni in termini di segretezza della fonte, che potrebbe risultare pregiudicata soprattutto nel caso di atti acquisiti in via confidenziale (pur in assenza di espresse indicazioni al riguardo in sentenza, sembra lecito chiedersi ad esempio nel caso di specie con quali modalità si sia appresa la notizia del conferimento di incarichi da parte di enti pubblici e se gli atti in discussione rivelino tale fonte).

Se infatti è vero che l'art. 22, comma 1, lett. d) l. n. 241/90 s.m.i. si riferisce a atti “*detenuti*” da una pubblica amministrazione e quindi implicitamente include tra gli atti ostensibili anche quelli non formati dalla medesima amministrazione cui è rivolta l'istanza, il limite generale di buon senso sembra da ravvisare nel legame con l'utilizzazione di detti atti, spesso prodromici rispetto all'atto conclusivo adottato dall'amministrazione procedente e che costituisce il più diretto oggetto dell'istanza di accesso. Ciò in virtù nel nesso funzionale e allo scopo di non gravare il privato istante dell'onere di richieste ostensive “*frazionate*” da rivolgere di volta in volta all'amministrazione che ha materialmente formato l'atto utilizzato.

Quello degli eventuali limiti all'accesso nel caso di documento formato da altra amministrazione è un tema che, in assenza di una più specifica formulazione normativa, non è stato tuttavia espressamente affrontato dalla giurisprudenza, ma vi è stato fatto cenno sotto il profilo dell'onere probatorio con affermazioni di principio di carattere generale: trattandosi di fatto costitutivo della pretesa, l'onere di fornire la prova che i documenti siano in possesso della p.a. grava, ai sensi dell'art. 2697 c.c. sul privato istante (ricorrente in giudizio). Sotto il profilo sostanziale e, dunque nel merito della questione, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che “*solo qualora sia fornita la dimostrazione che la documentazione di cui è chiesta l'ostensione effettivamente esiste e avrebbe dovuto essere detenuta dall'Amministrazione medesima destinataria della richiesta di accesso, questo deve essere concesso pur laddove l'Amministrazione medesima ne abbia perso la disponibilità; ciò per la ragione che non è opponibile al cittadino la circostanza (meramente contingente e fattuale) dell'assenza di documenti presso l'Amministrazione interpellata tutte le volte che – in ragione della riconducibilità del procedimento amministrativo cui i documenti ineriscono, alle competenze proprie di quest'ultima – i predetti documenti devono essere detenuti dall'Amministrazione medesima*”^[9].

Dunque l'unica indicazione più esplicita che si ricava è quella del collegamento tra il procedimento amministrativo cui ineriscono i documenti dei quali viene richiesta l'ostensione e le “*competenze*” dell'Amministrazione alla quale è rivolta l'istanza.

Da questo punto di vista, pur in assenza di un vero e proprio “*procedimento amministrativo*”, in virtù di quanto espressamente previsto dal richiamato comma 1, lett. d) dell'art. 22, l. n. 241/90 s.m.i., che include tra i documenti amministrativi ostensibili “*ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti*”, ivi espressamente includendo quelli “*interni o non relativi a uno specifico procedimento*” (“*..detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse..*”) e in ragione della espressa considerazione degli atti in questione come attività “*preparatoria*” e pertanto inscindibile rispetto al servizio giornalistico, nel caso di specie, estendendo le maglie dell'interpretazione, potrebbe trovare supporto, almeno in astratto, la considerazione dell'ostensibilità di gli atti formati da altre amministrazioni e successivamente utilizzati per

l'elaborazione della rappresentazione fotocinematografica – cioè il servizio giornalistico – che costituisce l'oggetto più diretto di accesso ed è legato alla “competenza” della RAI (sia pure solo in quanto atti presupposti). Ciò fatta salva l'individuazione dei giusti limiti entro i quali tale richiesta risulti caso per caso giustificata e dunque gli atti siano concretamente esigibili dalla RAI e non piuttosto dall'amministrazione stessa che li ha formati^[10].

Indubbiamente, parlando di limiti, nel caso di specie non può non tenersi conto dell'obbligo di segretezza della fonte giornalistica: in altri termini, laddove l'esibizione di tali atti da parte della RAI non può avvenire se non fornendo chiare indicazioni sulla fonte delle notizie e, dunque, svelando la stessa, non si può neanche ravvisare un obbligo in tal senso se non ammettendo implicitamente la possibilità di fatto di incidere sull'autonomia giornalistica. Né si può in alcun modo avallare un uso distorto dell'accesso che determini come fine ultimo quello di indagare indebitamente sulla fonte della notizia in discussione, specie se il documento che si vuole conoscere, di per sé, può essere chiesto all'amministrazione che lo detiene perché lo ha anche formato. Una cosa è proteggere l'interesse a conoscere l'esistenza e il contenuto di un certo atto o documento, altra ritenere meritevole di protezione l'interesse a entrare in possesso dell'atto o documento concretamente detenuto dall'amministrazione per eventualmente appurare come e in che modo ne abbia ottenuto la disponibilità.

Il tema è invero complesso. Ferma restando la possibilità di oscurare alcuni dati, è evidente che l'accesso non può spingersi fino a comprimere l'obbligo professionale di segretezza cui sono tenuti i giornalisti facendo emergere la fonte delle proprie notizie, in quanto tale obbligo è posto proprio a presidio della libertà di informazione e dell'autonomia giornalistica.

L'esigenza di garantire il diritto di accesso deve perciò trovare il giusto temperamento con la necessità di evitare che la “maggiore profondità” ascritta all'accesso *ex* l. 241/90 s.m.i., collegata all'esistenza di una posizione legittimante, possa, per il tramite della breccia aperta dall'impossibilità di ritenere l'attività di rappresentazione delle notizie disgiunta da quella preparatoria di acquisizione, raccolta ed elaborazione delle notizie che hanno formato oggetto di rappresentazione, creare indeterminatezza sugli atti ostensibili o finanche un indebito e generalizzato ampliamento dei contenuti accessibili (ancor più facilmente per il tramite della “porta d'accesso” dell'interesse defensionale, su cui v. *infra*).

L'informazione è certamente un momento essenziale della vita di uno Stato democratico e deve essere garantita nella sua piena libertà perché, come ci insegna la tradizione del costituzionalismo, la libertà di cronaca corrisponde anche a un interesse della collettività a una informazione obiettiva^[11].

2. Le conclusioni cui giunge la sentenza: il superamento della potenziale conflittualità con gli interessi contrapposti e la preminenza dell'interesse defensionale.

Le considerazioni svolte dal TAR e riportate nel precedente paragrafo, segnando il passaggio dall'oggetto dell'istanza alla fondatezza della stessa, introducono il più ampio tema del bilanciamento in via amministrativa degli interessi confliggenti nel caso di accesso procedimentale e la “deroga” sancita dall'art. 24, comma 7 con riferimento all'accesso difensivo in cui tale bilanciamento è operato a monte dal legislatore.

Come noto, l'art. 24, comma 7, l. n. 241/90 s.m.i. attribuisce preminenza assoluta alle esigenze difensive, non subordinando a valutazione discrezionale la pretesa ostensiva ma facendone piuttosto derivare dalle relative esigenze conoscitive un vero e proprio obbligo ostensivo: la legge in proposito afferma che deve essere “*comunque*” garantito ai richiedenti “*l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.*” (con la previsione del criterio maggiormente restrittivo della “*stretta indispensabilità*” nel caso di dati sensibili e giudiziari).

L'aver ancorato ai fini dell'obbligo ostensivo l'attività di rappresentazione delle notizie a quella preparatoria della medesima, volta – si ricorda – alla “*acquisizione*”, “*raccolta*” ed “*elaborazione*” delle notizie oggetto di rappresentazione, ha portato il TAR rigettare la separazione tra la figura della concessionaria del pubblico servizio e gli aspetti più strettamente inerenti all'espletamento della prestazione resa dal giornalista incaricato nell'elaborazione dei contenuti del singolo servizio nell'ambito della libera esplicitazione dell'opera creativa e intellettuale del giornalista stesso.

All'opera del giornalista è applicabile l'obbligo di segreto professionale in base alla normativa che disciplina la relativa attività. A ben vedere però, l'art. 2, comma 3, L. n. 69/1963, connesso alla libertà di stampa, afferma che “*Giornalisti e editori sono tenuti a rispettare il segreto professionale sulla fonte delle notizie*” – con ciò riferendosi non solo a chi racconta un fatto, ma a “*ogni realtà in grado di documentarne l'accadimento in modo quanto più diretto possibile*” – “*quando ciò sia richiesto dal carattere fiduciario di esse.*”.

Ebbene nell'interpretazione del TAR l'eventuale violazione del segreto professionale sarebbe esclusa dal fatto che “*l'interlocuzione [sarebbe] intercorsa con soggetti di natura pubblica*”; non viene invece dato atto del fatto che l'unico dato legittimamente “*secretato*” dal richiamato articolo 2 della l. 69 cit., sarebbe la fonte di acquisizione delle informazioni e della documentazione e non anche la documentazione e le informazioni stesse (e comunque è noto che il diritto di accesso può essere garantito ricorrendo agli accorgimenti necessari, ad esempio oscurando alcuni dati dal documento oggetto dell'istanza). È evidente però che la considerazione – nei termini indicati – circa la possibilità che la natura pubblica della fonte di acquisizione delle notizie escluda *ex se* la ricorrenza di un interesse opponibile qual è il segreto professionale porterebbe in linea di principio a orientare anche la possibilità di accedere a documenti e informazioni, pur nel più ampio spazio valutativo riservato alla pubblica amministrazione, al di fuori dei casi di accesso defensionale (e sempre a non voler considerare che nessuna menzione è stata espressamente fatta degli altri atti, non riconducibili a interlocuzioni intersorsi con le p.a., esclusi implicitamente dal perimetro oggettivo dell'accesso). Tali considerazioni lasciano però aperta la porta ai dubbi in precedenza espressi.

In altre parole, il TAR compie tre passaggi: (i) afferma la legittimazione passiva in capo alla RAI rispetto all'obbligo ostensivo in presenza di interlocuzioni con pubbliche amministrazioni e circoscrive a queste ultime l'oggetto accessibile; (ii) afferma implicitamente che l'attività del giornalista – tutta, senza operare distinzioni neanche in linea di principio con riferimento al ventaglio di situazioni prospettabili – è “*assorbita*” dall'attività di pubblico interesse svolta dalla RAI in quanto attività preparatoria e quindi prodromica rispetto al contenuto del servizio giornalistico mandato in onda dall'emittente televisiva e pertanto la fa rientrare nel perimetro di applicazione del diritto di accesso; (iii) supera, in virtù della natura pubblica della fonte di acquisizione, le obiezioni relative alla lesione degli interessi

contrapposti (segreto professionale e autonomia giornalistica) e accorda preminenza alle esigenze difensive, pur “delimitando” la documentazione ostensibile nei termini anzidetti.

L'*iter* argomentativo seguito ha portato alla condanna all'ostensione degli atti effettivamente formati e/o detenuti dalla RAI, con onere per la stessa RAI di fare menzione di eventuali atti che non fossero stati oggetto di documentazione, secondo il principio più volte affermato in giurisprudenza per cui spetta all'amministrazione destinataria dell'istanza di accesso indicare, sotto la propria responsabilità, quali sono gli atti inesistenti che non è in grado di esibire[12].

2.1. La preminenza dell'interesse defensionale e l'adesione all'orientamento maggioritario sulla valutazione in astratto delle esigenze difensive ai fini dell'accoglimento dell'istanza di accesso.

Con riferimento alla valutazione delle esigenze difensive, la sentenza conferma quell'orientamento che circoscrive il potere amministrativo a una mera valutazione in astratto e non in concreto di dette esigenze, con la conseguenza di stabilire una corrispondenza tra pretesa conoscitiva e obbligo ostensivo a fronte del collegamento tra l'istanza ostensiva e una astratta esigenza difensiva.

Ciò pone un preciso limite al potere discrezionale della pubblica amministrazione: si esclude ogni margine di apprezzamento da parte della stessa che non potrà sindacare la necessità della conoscenza a fini difensivi nel caso concreto, dal momento che l'utilità effettiva può essere valutata solo in giudizio e che l'accesso difensivo prescinde dalla pendenza di un giudizio[13].

Opportunamente, dunque, il TAR prende posizione, sulla scia dell'indirizzo maggioritario, su un punto rispetto al quale la giurisprudenza *non ha sempre manifestato uniformità di indirizzo, dividendosi tra un orientamento che ha mostrato di propendere per una valutazione ampia dell'istanza di accesso difensivo, secondo cui sarebbe sufficiente che la documentazione richiesta avesse “attinenza” con il processo[14] e un altro indirizzo che invece ha avallato una valutazione più rigorosa dell'interesse defensionale[15].*

Il primo degli indicati indirizzi appare maggiormente condivisibile e più coerente con la lettera della legge ed è stato confermato dall'Adunanza Plenaria n. 19/2020 nell'ambito di una più ampia pronuncia che ha fatto chiarezza sulla complementarietà tra l'accesso difensivo e i metodi di acquisizione probatoria previsti dal c.p.c. e che significativamente ha ricordato che sul piano della logica difensiva – *“costruita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela e che si traduce in un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi”* – il legislatore ha inserito all'interno di una norma di natura sostanziale uno strumento di valenza tipicamente processuale, fornendo 'azione' alla 'pretesa' e che *“la necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica 'finale', nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica 'finale' controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio”*.

Non è tuttavia sufficiente addurre un generico riferimento a esigenze probatorie o difensive poiché, come ricordato anche da una più recente decisione dell'Adunanza Plenaria (n. 4/2021), l'ostensione "*passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare*", ma né la p.a., né il giudice adito "*devono svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990*".

Dunque, ai fini dell'accoglimento dell'istanza di accesso difensivo si richiede unicamente l'esistenza del nesso di strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici.

Più precisamente, la giurisprudenza ha chiarito che occorre "*circoscrivere le qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi che - sole - garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, atteso il necessario raffronto che l'interprete deve operare, in termini di pratica sussunzione, tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda la tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale*" e che "*siffatto giudizio di sussunzione, che costituisce la base fondante dell'accesso difensivo, è regolato in ogni suo aspetto dalla legge (e dal rispettivo regolamento di attuazione), mostrandosi privo di tratti "liberi" lasciati alla interpretazione discrezionale dell'autorità amministrativa ovvero alla prudente interpretazione del giudice*"^[16].

Nel caso di accesso difensivo, dunque, l'unico interesse legittimante è quello che corrisponde in modo diretto, concreto e attuale alla cura o anche difesa in giudizio di tali fattispecie predeterminate, in chiave strettamente difensiva. Ciò coerentemente con la *ratio* dalla legge, secondo cui le finalità dell'accesso devono essere dedotte e rappresentate in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione e devono essere suffragate con idonea documentazione, così da permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio sul nesso di strumentalità necessaria della documentazione richiesta *sub specie* di astratta pertinenza con la situazione finale controversa.

Nella valutazione della strumentalità defensionale, anche in rapporto alla tutela della riservatezza, secondo la previsione dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, trova applicazione il criterio generale della "*necessità*" ai fini della "*cura*" e della "*difesa*" di un proprio interesse giuridico (e quello più stringente della "*stretta indispensabilità*" per i dati sensibili e giudiziari), che di per sé segna la prevalenza del primo interesse rispetto al secondo, ovviamente a condizione che venga riscontrata la sussistenza dei presupposti generali.

Dunque la "*strumentalità*" dell'accesso, richiesta dall'art. 22, comma 1, lett. b, l. n. 241/1990 come finalizzazione della domanda ostensiva alla cura di un interesse diretto, concreto, attuale (e non meramente emulativo o potenziale) connesso alla disponibilità dell'atto o del documento del quale si richiede l'accesso, viene correttamente intesa in senso ampio, in termini di "*utilità per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante*"^[17].

La sentenza valorizza quell'orientamento – dominante – secondo cui la legittimazione all'accesso non può essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante, ma ha consistenza autonoma (“*indifferente allo scopo ultimo per cui viene esercitata*”), sicché, una volta accertato il collegamento tra l'interesse e il documento, ogni ulteriore indagine sull'utilità e sull'efficacia del documento stesso in prospettiva di tutela giurisdizionale ovvero sull'esistenza di altri strumenti di tutela eventualmente utilizzabili risulta del tutto ultronea[18].

In conclusione il riscontro, ai fini dell'accoglimento dell'istanza, del legame tra la finalità dichiarata e il documento richiesto, più che la forma della valutazione nello specifico acquista quella dell'accertamento della generica utilità del documento del quale viene chiesta l'ostensione per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, non dovendo e non potendo assumere tale riscontro i tratti dello strumento di prova diretta della lesione di tale interesse, dal momento che una valutazione di rilevanza o di irrilevanza dell'istanza ostensiva rispetto alla finalità difensiva prospettata non spetta né all'ente cui è chiesta l'ostensione dei documenti, né al giudice in sede di tutela giurisdizionale avverso il diniego opposto[19].

3. Considerazioni conclusive.

Come noto, il diritto di accesso procedimentale è un istituto volto a garantire la conoscenza degli atti amministrativi al privato che sia coinvolto nell'esercizio della funzione amministrativa (il cui interesse sia “*diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*”), ciò in ossequio ai principi di partecipazione, imparzialità e trasparenza amministrativa che guidano l'azione amministrativa e attribuiscono quindi all'istituto dell'accesso procedimentale anche “*rilevanti finalità di pubblico interesse*” (art. 22, l. 241/90 s.m.i.).

Si tutela in via diretta al “*diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi*” (art. 22, cit.), ove per documento amministrativo si intende espressamente ogni atto (o rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti), anche interni o non relativi a uno specifico procedimento “*detenuti*” da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse nell'ambito del più ampio indirizzo volto alla realizzazione di una amministrazione trasparente che, in virtù del più saldo legame stabilito dal d.lgs n. 33/2013 s.m.i. tra l'efficacia della trasparenza amministrativa e la tutela dei diritti individuali, viene delineata attraverso il riferimento ad una “*accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti... allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*”.

Oggetto di protezione è pertanto il diritto del singolo alla conoscenza del contenuto dei documenti formati e/o detenuti dalla p.a. e dai soggetti ad essa equiparati collegati alla propria situazione giuridica, cui l'ordinamento – per l'appunto – riconosce tutela (esclusa nel caso di accesso procedimentale volto a esercitare un controllo generalizzato), rafforzata nel caso in cui tale conoscenza sia preordinata alla cura o difesa dei propri interessi giuridici. In quest'ultimo caso è accordata prevalenza alla pretesa conoscitiva rispetto alle ragioni della riservatezza e anche la valutazione che l'amministrazione è chiamata a operare con riferimento alle esigenze difensive non potrà spingersi fino a sindacare la “necessarietà” della

conoscenza ai fini difensivi nel caso concreto, dovendosi piuttosto arrestare a un riscontro meramente astratto in virtù della pacifica circostanza per cui la richiesta di accesso si può basare su un interesse anche non funzionalmente connesso a una immediata tutela in via giurisdizionale.

In linea di principio, ciò vale tanto per gli atti formati dalla pubblica amministrazione cui è rivolta l'istanza, quanto per quelli da essa “*detenuti*”, in quanto atti pubblici e ricollegabili al procedimento amministrativo di competenza dell'amministrazione stessa, a garanzia della loro conoscibilità in concreto, tanto più se le ragioni di tale conoscenza trovano giustificazione nell'esigenza di cura e tutela dei propri interessi (nel caso di specie: la propria reputazione da notizie asseritamente false).

Altra cosa è però ritenere meritevole di protezione l'interesse a entrare in possesso dell'atto o del documento (non formato ma semplicemente) detenuto dall'amministrazione con l'eventuale intento di trarre informazioni sulla fonte della notizia. Una cosa è garantire la conoscenza del contenuto del documento, altro la conoscenza della fonte.

Tale distinzione sembra confondersi nell'*iter* argomentativo su cui il TAR fonda il proprio *decisum*, motivando l'obbligo posto in capo a RAI di ostendere gli atti recanti gli affidamenti di incarichi conferiti al ricorrente da parte della Regione e da alcune amministrazioni comunali con riferimento alla circostanza per cui, essendo l'interlocuzione intercorsa con soggetti di natura pubblica, proprio in virtù di questa circostanza si ritiene “*priva di rilievo nel caso concreto..la prospettazione difensiva circa la prevalenza che dovrebbe essere accordata al segreto giornalistico sulle 'fonti' informative?*”.

Il carattere pubblico degli atti rende gli stessi accessibili, ivi compresi – come detto – quelli semplicemente detenuti dalla RAI in ragione della loro connessione con l'attività preparatoria del servizio giornalistico, ma non può arrivare a determinare la conoscenza della fonte dell'informazione ricevuta. In altri termini, laddove la conoscenza del documento sia idonea a svelarne la fonte, o addirittura l'accesso appaia a tal fine meramente strumentale, non si può non riconoscere una legittima causa di limitazione e/o esclusione dell'accesso al documento stesso, anche in virtù della previsione all'art. 2, comma 3, L. n. 69/1963. Ancor più tale limite rileva con riferimento a documenti (pubblici), la cui accessibilità sarebbe garantita anche eventualmente rivolgendo l'istanza all'ente pubblico che li ha formati, dal momento che tale possibilità è comunque in grado di garantire la protezione dell'interesse alla conoscenza del contenuto del documento, e cioè il “*diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi*”; ovvero a soddisfare pienamente quel bisogno di conoscere strumentale a una situazione giuridica pregressa che è l'interesse tutelato in via esclusiva dal più volte richiamato art. 22, l. 241/90 s.m.i. (che lascia invece sullo sfondo la generica tutela della trasparenza come interesse pubblico solo “*occasionalmente protetto*”).

[1] Avverso la sentenza è stato proposto appello con il numero 202106876, attualmente pendente.

[2] Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10; Id., 25 settembre 2020, nn. 19, 20 e 21; Id., 18 marzo 2021 n. 4.

[3] Viceversa, la giurisprudenza ha precisato – con riferimento all’accesso ex L. n. 241/90 s.m.i. – che il diritto di accesso agli atti non è automatico per i giornalisti che invocano una pretesa libertà di informarsi per informare, dal momento che contenuto e limiti dell’accesso sono fissati dalla legge e la stessa non prevede che il diritto a essere informati possa “accrescere” il diritto di accesso di chi informa, né nei contenuti, né nel risultato, pena l’introduzione di una *“inammissibile azione popolare sulla trasparenza dell’azione amministrativa che la normativa sull’accesso non conosce”* (in questi termini: Cons. Stato, Sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631, in una controversia in cui il redattore di una testata specializzata invocava il diritto di cronaca per ottenere dal Ministero dell’economia copia dei contratti derivati stipulati dallo Stato con alcuni istituti di credito stranieri). In dottrina per profili generali e spunti ricostruttivi, tra i contributi più significativi sul tema, si veda M.A. Sandulli, *Note in tema di diritto all’informazione radiotelevisiva*, in *Giur. It.*, 1978. Più recentemente, sempre per profili generali, si veda anche B. Ponti, *La mediazione informativa nel regime giuridico della trasparenza: spunti ricostruttivi*, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, fasc. 2, 1 aprile 2019, p. 383 ss.; Id., *La trasparenza e i mediatori dell’informazione*, in G. Gardini, M. Magri, *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall’introduzione*, Maggioli, 2019.

[4] In termini si vedano, tra i più recenti: Trib. Roma, Sez. lav., 25 febbraio 2019, n. 1844; Corte app. Roma, 8 aprile 2020, nn. 493 e 494. Anche la giurisprudenza civile più risalente era approdata a un orientamento interpretativo che teneva conto della singolarità della professione, tanto da indurre a parlare di subordinazione “affievolita” o “attenuata”. Premesso che i caratteri distintivi del rapporto di lavoro subordinato, costituiti *“dall’inserimento del lavoratore nell’organizzazione aziendale”* e dal suo assoggettamento *“ai poteri direttivi e disciplinari del datore di lavoro”*, sono i *“medesimi per qualunque tipo di lavoro”*, essi possono connotarsi per *“intensità diverse”* a seconda del livello delle mansioni esercitate o del contenuto della prestazione pattuita, dunque *“fermo restando il carattere della creatività”*, può costituire l’una o l’altra forma *“a seconda delle modalità della collaborazione tra il datore di lavoro e il giornalista”* (Cass. n. 3705/1999).

[5] TAR Lazio, Sez. III, 3 marzo 2021, n. 2607. La sentenza richiamata, come ricordato dal Collegio, evidenzia che la soluzione accolta dal Legislatore trova altresì conferma nelle considerazioni espresse nell’ambito del parere n. 1257/2017 reso dal Consiglio di Stato sullo schema di Linee guida dell’ANAC elaborato per aggiornare quelle già emesse per l’applicazione del D.lgs. n. 33/2013 all’esito delle modifiche intervenute con il D.lgs. n. 97/2016. Nel parere richiamato si osserva infatti che *“Le società quotate, sono sottoposte ad un sistema di obblighi, di controlli e di sanzioni autonomo, in ragione dell’esigenza di contemperare gli interessi pubblici sottesi alla normativa anticorruzione e trasparenza con la tutela degli investitori e dei mercati finanziari, e questa circostanza ben potrebbe giustificare l’esonero dagli obblighi di trasparenza in questione”*.

[6] L’art. 2 bis del D.lgs. n. 33/2013 s.m.i., nell’individuare il campo di applicazione della disciplina dell’accesso civico, al comma 2 lett. b), come successivamente modificato, dispone che essa si applica *“... alle società in controllo pubblico come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo”*. L’articolo 2, comma 1, lettera p), D.lgs. n. 175/2016 definisce società quotate come *“le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati”*.

[7] *Ex multis*, si vedano le seguenti decisioni: TAR Lazio, Roma, Sez. III, 16 novembre 2020, n. 1197 (verso la quale è stato proposto appello tutt’ora pendente); Id., 15 luglio 2019, n. 9347 (confermata in appello con decisione del Cons. Stato del 24 maggio 2021, n. 4004); Id., 2 febbraio 2018, n. 1354 (decisione annullata in appello e rinviata al primo giudice ma per questioni di rito e, precisamente, mancata integrazione del contraddittorio). In questi tre casi l’applicabilità della disciplina dell’accesso di cui alla l. n. 241/90 s.m.i. fu affermata con riferimento a controversie aventi ad oggetto l’accesso ai documenti esercitato da parte di giornalisti professionisti non dipendenti della RAI alle procedure di reclutamento indetta dalla RAI stessa per verificare la corretta applicazione nei loro confronti delle regole che disciplinano a monte la formazione delle graduatorie.

[8] Da questo punto di vista neppure il carattere “creativo” dell’opera resa potrebbe portare a conclusioni diverse se si ha riguardo a quella giurisprudenza che, sia pure in altri ambiti, ha affermato che, *“in linea di principio, la natura di opera dell’ingegno protetta dal diritto d’autore dell’atto cui si chiede l’accesso non esclude quest’ultimo dato che la disciplina dettata a tutela del diritto di autore e della proprietà intellettuale garantisce gli interessi economici dell’autore ovvero del titolare dell’opera intellettuale, mentre la normativa sull’accesso agli atti è funzionale a garantire altri interessi e, in questi limiti, deve essere consentita la visione e anche l’estrazione di copia”* (in questo senso, si veda per tutti TAR Lazio, Roma, Sez. III, 21 marzo 2017, n. 3742).

[9] TAR Trento, Sez. I, 16 settembre 2020, n. 158.

[10] Ciò troverebbe conferma – e allo stesso tempo esplicitazione dei limiti – nella giurisprudenza che in materia di accesso agli atti e ai documenti amministrativi espressamente nega che possa rappresentare una circostanza escludente dell’obbligo ostensivo la materiale assenza dei documenti presso l’amministrazione interpellata *“tutte le volte che – in ragione della riconducibilità del procedimento amministrativo cui i documenti richiesti ineriscono alle competenze proprie dell’amministrazione interpellata – i predetti documenti debbano essere detenuti dall’amministrazione medesima”* (in questi termini, TAR Cagliari, Sez. II, 11 novembre 2020, n. 612), non essendo opponibile al cittadino la circostanza contingente e fattuale dell’assenza dei documenti presso l’amministrazione interpellata. Dunque, secondo l’orientamento consolidato, laddove sia fornita la dimostrazione (da parte dell’istante) che la documentazione di cui viene chiesta l’ostensione effettivamente esiste e *“avrebbe dovuto essere detenuta*

dall'amministrazione destinataria della richiesta di accesso, questo deve essere concesso pur laddove l'amministrazione ne abbia perso la disponibilità" (TAR Trento, Sez. I, 16 settembre 2020, n. 158).

[11] Sul tema in generale si rinvia per tutti a V. Crisafulli, *Problematica della "libertà di informazione"*, in *Il Politico*, 1962, p. 285 ss.; A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, 1971, XXI. Con le peculiarità di ciascun approccio si vedano anche: C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; A. Pace, *Informazione: valori e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. soc.*, 2014 e in *Id.*, *Per la Costituzione. Scritti scelti*, vol. II, Napoli, 2019, 576. In alcune costruzioni dottrinarie è stato sottolineato che la libertà di informazione, diversamente dalla generale libertà di manifestazione del proprio pensiero, identificherebbe un diritto di natura funzionale, volto al soddisfacimento dell'interesse della collettività ad essere informata, sino a divenire, negli approcci più radicali, elemento costitutivo di un rapporto giuridico di tipo obbligatorio, caratterizzato non già o non solo in funzione del diritto (di informare) di chi trasmette le informazioni, ma soprattutto del diritto di chi le riceve ad essere obiettivamente informato. È nota anche la posizione per cui «i diritti di libertà e i diritti politici si pongono di fatto come reciprocamente serventi, in una rete di situazioni giuridiche soggettive anche strutturalmente diverse tra loro, ma tutte di fatto convergenti alla più piena realizzazione, nel nostro Paese, di una democrazia liberale» (A. Pace, cit.).

[12] *Ex multis*: TAR Lazio, sez. III-bis, 2 novembre 2018, n. 10553.

[13] Già la più attenta dottrina aveva sottolineato che il diritto di accesso defensionale non poteva essere oggetto di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, stante la chiara formulazione della norma (art. 24, L. n. 241/90 s.m.i.), che delinea una sovraordinazione dell'ipotesi dell'accesso c.d. defensionale di cui al comma 7 (in virtù del quale deve "comunque" essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici"), rispetto alle possibili limitazioni contemplate dal comma 6 del medesimo art. 24; il che significa che se la pretesa conoscitiva non è strumentale alla difesa dei propri interessi, ma è espressione di un puro e semplice interesse alla conoscenza, la norma applicabile sarà il comma 6, che rimette all'amministrazione il bilanciamento dell'interesse alla conoscenza con gli altri interessi previsti dal medesimo comma, viceversa, in presenza di una pretesa conoscitiva fondata sull'esigenza di protezione di una situazione giuridica soggettiva individuale, la norma applicabile sarà il comma 7, in cui il bilanciamento è effettuato a monte dal legislatore. In questi termini: F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, n. 10/2019.

[14] *Ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2018, n. 6444; *Id.*, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 461.

[15] *Ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472; *Id.*, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1568.

[16] Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4, cit.

[17] In termini cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2017 n. 2269; *Id.*, Sez. III, 16 maggio 2016 n. 1978; *Id.*, Sez. IV, 6 agosto 2014 n. 4209.

[18] In questi termini: Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1664.

[19] Sul punto sia consentito rinviare a M. Sinisi, *I diritti di accesso e la discrezionalità amministrativa*, Cacucci Editore, 2020.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1530 - 3 febbraio 2021

Il processo amministrativo “emergenziale” alla prova della giurisprudenza amministrativa.

di Veronica Sordi

L'emergenza epidemiologica da COVID-19 impone di derogare – ancora – allo svolgimento ordinario del processo amministrativo, oggi regolato dall'art. 25 d.l. n. 137/2020, convertito nella l. 18.12.2020 n. 176 recante “*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*”.

Tale disciplina “eccezionale” ha trovato un'applicazione non sempre uniforme da parte dei giudici amministrativi, i quali, come evidenziato nel precedente scritto sul tema^[1], sembrano mostrare sensibilità diverse nell'interpretazione delle norme regolative del giudizio amministrativo emergenziale.

L'esame della giurisprudenza sull'applicazione dell'art. 25 cit. impone di operare un *distinguo* tra le pronunce che:

- danno un'applicazione rigorosa della disposizione *de qua*, evidenziando la perentorietà dei termini ivi previsti per la proposizione della richiesta di discussione orale da remoto della controversia, considerando tardiva e dunque non accoglibile l'istanza presentata oltre i suddetti termini;

- respingono l'opposizione alla richiesta di discussione da remoto motivata sulla necessità che la trattazione della causa avvenga in presenza;

- accolgono la richiesta di trattazione da remoto seppure tardiva, in quanto ritengono la discussione “*necessaria*”;

- rimettono in termini la parte che abbia tardivamente proposto l'istanza di discussione, riconoscendo a essa l'errore scusabile;
- respingono l'istanza di discussione, in quanto non formulata in uno specifico atto;
- rigettano la richiesta di discussione, in quanto ritengono sufficiente il deposito delle note di udienza;
- evidenziano l'alternatività tra la richiesta di discussione orale e il deposito di note d'udienza;
- si pronunciano sul termine di deposito delle note di udienza;
- applicano il principio di sinteticità anche alle note d'udienza;
- rigettano l'opposizione alla richiesta di discussione formulata assieme alla dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse, stante la necessità di garantire il contraddittorio della parte che abbia presentato richiesta di discussione orale su tale dichiarazione di carenza di interesse;
- individuano la trattazione mediante modalità telematica una “risorsa tecnologica scarsa” da impiegare nei soli casi in cui la discussione sia imposta dalla legge o sia indispensabile ai fini della decisione della controversia.

Procedendo con ordine nella trattazione, occorre rilevare che in numerose fattispecie[2], il g.a. ha rigettato l'istanza di discussione in quanto la medesima era stata depositata tardivamente rispetto al termine “perentorio” di **venti (o nei riti abbreviati, dieci[3]) giorni liberi antecedenti l'udienza pubblica di discussione** (ergo nel termine di deposito delle memorie di replica) ovvero oltre quello di **cinque giorni prima dell'udienza fissata per la trattazione cautelare** della controversia (come previsto dall' art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito in legge 25 giugno 2020, n. 70, richiamato dall'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137).

In particolare, il giudice, nel respingere la suddetta richiesta, ha evidenziato:

- “il chiaro tenore testuale della norma (.. alla luce del paragrafo 4 delle linee guida del Presidente del Consiglio di Stato in data 25 maggio 2020, nonché del § 1 del protocollo d'intesa in data 26 maggio 2020)”;
- che “la previsione di tale termine risponde sia ad esigenze organizzative dell'organo giurisdizionale – al fine di poter conoscere preventivamente il numero di cause per le quali è chiesta la discussione da remoto e di conseguentemente programmare le fasce orarie di chiamata da comunicare ai difensori – sia, e principalmente, ad esigenze di tutela del diritto di difesa delle controparti, le quali devono essere poste in grado di conoscere per tempo le modalità di svolgimento della trattazione della causa al fine di calibrare adeguatamente i propri comportamenti processuali e le relative scelte, altrimenti alterandosi la garanzia del pieno e paritario contraddittorio”;
- nonché la circostanza che non fossero state “allegate dalla parte istante pertinenti, eccezionali e comprovate ragioni idonee a consentire la deroga del termine”[4].

Dalla lettura dei provvedimenti esaminati, emerge, quindi, che, in presenza di una richiesta di discussione presentata tardivamente, il giudice valuta se la parte abbia rappresentato

“*impedimenti eccezionali*” (che abbiano reso impossibile la rituale presentazione dell’istanza), o esigenze relative a “*vicende sopravvenute alla scadenza del termine per la formulazione*” della medesima[5], tali da giustificare il ritardo nella presentazione della suddetta istanza e da consentire comunque la discussione orale della controversia. In assenza di simili circostanze, il giudice non ha accolto la richiesta di discussione orale, motivando nel senso che “*le medesime ragioni di tutela dell’integrità del contraddittorio processuale e del diritto di difesa di tutte le parti non consentono di superare la tardività dell’istanza attraverso l’adozione di un decreto che disponga comunque e d’ufficio la discussione da remoto della causa, stante la mancanza di un congruo termine di preavviso per le controparti*”[6].

Interessante è poi il provvedimento[7] con il quale il g.a. ha rigettato l’opposizione alla discussione da remoto, motivata sulla necessità che la trattazione della causa avvenisse in presenza. In particolare, il giudice, dopo aver dato atto del fatto che (i) “*ratione temporis, l’unica possibilità di discussione contemplata e ammessa dall’ordinamento è quella con collegamento da remoto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, comma 1, d.l. n.28 del 2020 e 25, comma 1, d.l. n.137 del 2020*” e che (ii) “*a fronte di una disciplina positiva che contempla, in via straordinaria e temporanea, il collegamento da remoto come unica modalità di svolgimento della discussione orale, resta preclusa all’interprete ogni opzione interpretativa che, invece, ammetta la discussione in presenza, da intendersi quale possibilità esclusa, implicitamente, ma chiaramente, dalla citata normativa di riferimento (in ragione del suo carattere completo ed esauriente)*”, ha ritenuto che neppure l’affermata delicatezza della questione da discutere potesse in alcun modo autorizzare la (sostanziale) disapplicazione della disciplina che prevede la sola discussione da remoto, stante la “*dichiarata e sperimentata idoneità ad assicurare l’integrità del contraddittorio*”.

In altre ipotesi[8], invece, dinanzi a richieste presentate tardivamente, il giudice ha comunque ritenuto “necessario” disporre la discussione da remoto della controversia, senza null’altro aggiungere, salvo il caso in cui ha espressamente affermato che “*la delicatezza della materia consent[er]e al Presidente di ammettere le parti alla discussione da remoto, avvalendosi dei poteri riconosciutigli dalla legge*”[9].

Diversamente, in altri casi, il giudice ha accolto l’istanza di rimessione in termini della parte ai fini della discussione della controversia, affermando che “*le ragioni addotte a sostegno della richiesta*”[10] così come “*la denunciata difficoltà tecnica di perfezionamento dell’istanza di discussione da remoto, tempestivamente formulata*”[11] integrano gli estremi dell’errore scusabile, ai sensi dell’art. 37 c.p.a., e impongono la rimessione in termini dell’appellante ai fini della richiesta di discussione da remoto, alla luce del combinato disposto degli artt. 4, comma 1, d.l. n.28 del 2020 e 25, comma 1, d.l. n. 137 del 2020.

Preme, ora, segnalare quelle pronunce che hanno respinto la richiesta di discussione da remoto in ragione delle modalità in cui la medesima istanza era stata proposta.

In particolare, il TAR Emilia-Romagna, Bologna, ha respinto la richiesta di discussione formulata tramite la mera allegazione nel modulo telematico di deposito del documento, rilevando che essa fosse “*genericamente delineata, senza specifica indicazione dei profili di fatto o di diritto*” e che nella specie “*il ricorso [fosse] ampiamente argomentato e si dipana[esse] nell’arco di 39 pagine, con numerosi documenti allegati*”, di talché la causa potesse passare in decisione senza discussione orale[12].

Il Tar Sicilia, Catania,^[13] ha respinto la richiesta di trattazione da remoto inserita dalla parte ricorrente nella memoria di replica, in quanto non formulata “*con specifico atto separato e perché non ... proposta congiuntamente da tutte le parti costituite*”. Rispetto a tale ultima affermazione occorre tuttavia precisare che vero è che l’art. 4 d.l. 28/2020 (richiamato dall’art. 25 d.l. 137/2020) dispone che “*L’istanza [di discussione] è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite*”, ma la medesima disposizione prevede altresì che “*negli altri casi, il presidente del collegio valuta l’istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto. Se il presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con decreto*”. Pertanto, è chiaro che il giudice ben possa disporre la trattazione orale da remoto della controversia, oltre che in assenza di richiesta in tal senso di tutte le parti costituite, anche nel caso in cui la medesima istanza – come visto^[14] – sia presentata oltre i termini di legge^[15].

Per quanto concerne la questione della proposizione di siffatta richiesta tramite specifico atto separato, merita segnalare il fatto che il regime delle relative modalità di proposizione è mutato nel corso del periodo emergenziale.

Invero, originariamente, ai sensi dell’art. 5 dell’Allegato 3 al Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 maggio 2020 n. 134^[16], la richiesta di trattazione orale da remoto poteva essere presentata, in ossequio al principio delle libertà delle forme^[17], anche nel corpo del testo del ricorso introduttivo (o in altro scritto difensivo).

In un secondo momento, mediante un’apposita Comunicazione del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa dell’11 novembre 2020^[18] (pubblicata in GU n. 289 del 20.11.2020) agli avvocati delle Amministrazioni e del libero Foro, è stato invece precisato che simile istanza doveva essere proposta con “*atto separato – e non in seno al ricorso o ad altro scritto difensivo*”.

Tale impostazione è stata – finalmente – “cristallizzata” in un “ufficiale” provvedimento del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa del 28.12.2020, recante “*Regole tecnico-operative per l’attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti*” (pubblicato in GU. n. 7 dell’11.1.2021 e sul sito *web* della Giustizia Amministrativa – soltanto – dal 21.1.2021), il quale ha definitivamente espunto dal testo dell’art. 5, co. 1^[19], del citato Allegato 3 del decreto *de quo* (versione aggiornata) il riferimento all’eventualità in cui la richiesta di discussione orale venga proposta con “*atto separato e non in senso al ricorso o ad altro scritto difensivo*”, imponendo, quindi, che la richiesta di trattazione da remoto venga fatta (solo) mediante apposito atto separato.

Sotto altro profilo, occorre segnalare il decreto^[20] con il quale lo stesso TAR Catania ha respinto l’istanza di discussione da remoto proposta dal ricorrente, ritenendo che le note d’udienza fossero “*parimenti, se non più efficaci, rispetto alla trattazione orale*”. In particolare, ha evidenziato che “*la trattazione scritta della controversia mediante note d’udienza, invero, a dispetto di quanto talora ritenuto, non costituisce affatto una “deminutio” del contraddittorio rispetto alla discussione orale, sia perché essa consente non di rado una più meditata ed incisiva esposizione dei propri argomenti difensivi, sia perché “verba volant, scripta manent”, sia perché l’organo giudicante ha il preciso dovere di esaminare con il massimo scrupolo ogni scritto o documento versato in atti dalle parti*”. Infine, il giudice, condividendo le argomentazioni formulate dall’Amministrazione resistente nella relativa opposizione alla richiesta di discussione da remoto, ha concluso affermando che la controversia (già ampiamente dibattuta) potesse essere utilmente e ulteriormente trattata

tramite scritti difensivi *“apparendo l’udienza da remoto, nel caso di specie, una inutile complicazione del lavoro processuale delle stesse parti e dell’organo giudicante, anche tenuto conto della difficoltà nel rispettare gli orari di discussione prefissati e del conseguente dispendio di tempo, in attesa della chiamata, per i difensori impegnati nel giudizio”*.

Sempre sul rapporto tra trattazione orale da remoto e note d’udienza[21], si segnala il provvedimento con il quale il giudice amministrativo ha chiarito che nel caso in cui le parti, per il tramite dei relativi difensori partecipino alla discussione telematica, le note d’udienza dalle medesime depositate devono essere oggetto di una declaratoria di “inutilizzabilità”, in quanto trattasi di *“strumento che è configurato dall’art. 4 d.l. n. 28/2020 (richiamato dall’art. 25 d.l. n. 137/2020) come facoltà difensiva alternativa a quella della discussione orale”*.

Pure l’utilizzo delle note d’udienza, in alternativa alla trattazione orale della causa, ha destato perplessità applicative, soprattutto per quanto concerne l’individuazione del termine entro cui le stesse debbano essere depositate dalle parti. Tale questione è stata oggetto di una recente ordinanza del CGARS[22], che ha precisato che (i) secondo quanto prescritto dall’art. 4, comma 1, penultimo periodo, d.l. 28/2020, le note d’udienza depositate oltre le ore 12 del giorno antecedente l’udienza sono tardive; (ii) *“il momento ultimo delle ore 12 del giorno antecedente l’udienza deve essere inteso come mezzogiorno (ossia 21 ore prima dell’udienza) e non come mezzanotte, perché questa seconda interpretazione non consentirebbe al Collegio di prendere visione dei depositi in tempo utile per l’udienza”* e infine che (iii) *“il termine delle ore 12 del giorno antecedente l’udienza riguarda sia le note di udienza che le istanze di passaggio in decisione menzionate nell’art 4, d.l. n. 28/2020, al fine della fictio iuris della presenza in udienza”*[23].

Merita altresì di essere attenzionata l’ordinanza[24] che ha dichiarato l’inammissibilità e la conseguente inutilizzabilità delle note d’udienza di 42 pagine. Il giudice ha evidenziato che siffatta *“facoltà difensiva”*, intervenendo a ridosso dell’udienza (entro le ore 12 del giorno anteriore alla stessa) e aggiungendosi all’atto introduttivo e alle memorie, quale ultimo presidio del diritto di difesa prima dell’udienza, deve *“rispettare il canone di sinteticità (e ragionevolmente non [può] eccedere le tre-quattro pagine) e non [può] assolvere alla funzione sostanziale della “memoria” con una elusione del termine di deposito di quest’ultima (che nella specie, scadeva il giorno 11.1.2021 alle ore 12 antimeridiane), pena la violazione del contraddittorio e un vulnus quanto all’approfondimento collegiale della causa”*. Nella specie, quindi, il g.a. ha ritenuto le note d’udienza così formulate *“utili solo come istanza di passaggio in decisione al fine della fictio iuris della presenza del difensore in udienza”*.

Si segnala ancora il decreto[25] con cui il giudice ha rigettato l’opposizione della parte ricorrente alla richiesta di discussione da remoto del controinteressato, poiché, trattandosi di un’opposizione presentata insieme alla dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse (e quindi successivamente all’istanza di trattazione da remoto della controparte), era necessario assicurare il contraddittorio del controinteressato sulla suddetta dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse.

Occorre infine richiamare il decreto[26] che, nell’ambito di un giudizio d’appello nel quale era stata richiesta in via cautelare la sospensione degli effetti della sentenza impugnata, ha respinto l’istanza di discussione orale formulata dalla parte intimata, essendo intervenuta nel giorno successivo alla presentazione di essa la rinuncia dell’appellante alla domanda cautelare. In particolare, il g.a. ha evidenziato che, essendo venute meno le ragioni per la discussione della causa, *“è preferibile riservare l’impiego di una risorsa tecnologica scarsa (indispensabile per la*

realizzazione della discussione da remoto) ai soli casi in cui tale adempimento è previsto come obbligatorio ope legis ovvero indispensabile ai fini della decisione (cfr. sul punto il § 4 delle linee guida del Presidente del Consiglio di Stato in data 25 maggio 2020, nonché e il § 5 del protocollo d'intesa in data 26 maggio 2020)".

I provvedimenti esaminati, che sotto diversi profili mostrano le complessità applicative dell'attuale disciplina del processo amministrativo, impongono una riflessione: se da un lato, come visto già in altre occasioni^[27], il principio dell'oralità – originariamente frustrato dalla regolamentazione emergenziale^[28] –, sembra oggi trovare la sua espressione nella (sia pure circoscritta) trattazione orale da remoto, dall'altro lato, è evidente che il principio di pubblicità del processo, quale “*forma di garanzia non comprimibile nei riguardi degli effettivi titolari degli interessi in giuoco ... e dell'intera collettività*”^[29] sia, invece, totalmente derogato^[30].

Senza entrare nel merito delle conseguenze di siffatta scelta legislativa, in questa sede preme solo ricordare che il valore della pubblicità del processo, sebbene abbia un'indubbia e innegabile centralità, anche alla luce delle disposizioni e della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, non è stato tuttavia mai esplicitamente costituzionalizzato (né *ab origine*, né tramite la riforma costituzionale di cui alla legge costituzionale n. 2 del 1999^[31]), proprio in quanto ritenuto, anche dalla migliore dottrina processualcivilistica, privo di precettività assoluta^[32].

Non risultano, quindi, contrarie allo spirito e alla lettera costituzionale limitazioni all'operatività di siffatto principio, soprattutto nel caso in cui la relativa compressione sia giustificata dall'esigenza, come quella attuale, di salvaguardare preminenti valori costituzionali^[33], primo fra tutti quello alla salute.

[1] V. Sordi, “*Ancora dubbi applicativi sulla (nuova) disciplina della discussione orale da remoto dettata dall'art. 25 d.l. n. 137/2020*”, 2 dicembre 2020, in questa *Rivista*.

[2] Cons. St., IV, 15.12.2020, n. 7195; Id., 23.11.2020, nn. 1881, 1880, 1879; Cons. St., III, 10.11.2020, n. 1788; Id., 7.12.2020, n. 2153; TAR Sicilia, Catania, II, 14.12.2020, n. 5406; Id., 10.12.2020, n. 5378; Id., 30.11.2020, n. 5264; Id., 16.11.2020, nn. 5020, 5019; Id., 13.11.2020, n. 4993; Id., 22.1.2021, nn. 57, 58; TAR Catania, III, 11.12.2020, n. 5380; TAR Lazio, Roma, I, 11.12.2020, nn. 4366, 4365; Id., 30.11.2020, n. 3920; Id., 27.11.2020 nn. 3846, 3854, 3844, 3843; Id., 15.12.2020, 4512; Id., 11.12.2020, n. 4367; TAR Lazio, Roma, II-*bis*, 19.11.2020, n. 3498; Id., 17.11.2020, nn. 3440, 3439, 3438; Id., 16.11.2020, n. 3437; Id., 10.11.2020, n. 3414; TAR Lazio, Roma, II, 9.12.2020, n. 4338, TAR Emilia Romagna, Bologna, 25.1.2021, nn. 30, 31; Id., 11.1.2021, n. 12.

[3] A tal proposito si segnala il CGARS, 8.1.2021, n. 6, il quale ha respinto l'opposizione alla richiesta di trattazione da remoto motivato sull'asserita tardività di siffatta istanza, in quanto formulata nei 10 giorni liberi antecedenti all'udienza di merito (invece che nei 20 giorni liberi prima previsti per il deposito delle memorie di replica). Nella specie, il giudice, dopo aver rilevato che alla controversia dovessero essere applicati i termini del rito di cui all'art. 120 c.p.a. e che conseguentemente il termine per il deposito delle memorie di replica fosse di 10 giorni liberi prima dell'udienza di merito, ha accolto la richiesta di discussione in quanto ritenuta tempestivamente formulata.

[4] In questi termini, si rinvia a TAR Lazio, Roma, II, 9.12.2020, n. 4338, Id., II-*bis*, 19.11.2020, n. 3498; Id., 17.11.2020, nn. 3440, 3439, 3438; Id., 16.11.2020, n. 3437.

[5] Cons. St., III, 10.11.2020, n. 1788.

[6] TAR Lazio, Roma, II-*bis*, 11.1.2021, n. 16.

[7] Cons. St., II, 15.1.2021, n. 24, il quale precisa peraltro che “*non si ravvisano ragioni (di ordine giuridico o tecnico) per smentire l’assunto dell’equivalenza della discussione orale da remoto, rispetto a quella in presenza, quanto alla sua capacità di salvaguardare in maniera adeguata l’esercizio dei diritti di difesa e la pienezza della dialettica processuale*”.

[8] Cons. St., III, 7.12.2020, n. 2148; TAR Lazio, Roma, I, 7.1.2021, n. 14; Id., 21.1.2021, nn. 150, 151.

[9] In questi termini Cons. St., 2148/2020 cit.

[10] Cons. St., II, 10.11.2020, n. 1778.

[11] Cons. St. II, 9.11.2020, n. 6444.

[12] TAR Emilia Romagna, Bologna, II, 8.1.2021, n. 2. Si segnala peraltro che lo stesso TAR (Sez. I, decr. 31.12.2020, n. 503) ha invece ritenuto di dover valutare (salvo rigettarla nel merito per mancanza dei presupposti) un’istanza di tutela cautelare monocratica mai presentata per il solo fatto che la parte ricorrente avesse “flaggato” nel modulo la relativa voce. Sul tema M.A. Sandulli, “*TAR EMILIA ROMAGNA, Decreto n. 503/2020, Giurisprudenza creativa e digitalizzazione*”

Giurisprudenza creativa e digitalizzazione: una pericolosa interazione che accresce i rischi di incertezza sulle regole processuali?, in *federalismi*, 13 gennaio 2021.

[13] TAR Sicilia, Catania, II, 11.12.2020, n. 5391.

[14] Cfr. nota 8.

[15] Occorre richiamare a tal proposito le 3° Linee Guida del Presidente del Consiglio di Stato, che all’art. 4 relativo alla “Richiesta di discussione”, ha precisato che “*La disposizione [art. 4, d.l. 28/2020], nel fissare un termine per la richiesta di discussione, in deroga al processo ordinario che, com’è noto, non prevede termini, cerca un contemperamento fra il diritto al contraddittorio orale e le esigenze organizzative e gestionali dell’udienza connesse al carattere virtuale della stessa e alla limitazioni derivanti dalla “interposizione” del mezzo tecnologico. I termini, more solito, devono intendersi perentori, tuttavia, proprio la ratio che ha indotto il Legislatore a prevederli, e a prevederli come tali (ratio che, come cennato, non risiede nel corretto svolgersi del contraddittorio, quanto nell’esigenza di concreta gestione dell’udienza), è alla base dell’attribuzione di un **residuale e generale potere del presidente di disporre**, ove necessario, con proprio decreto la discussione della causa con modalità da remoto anche in assenza di istanza di parte. Siffatto potere presidenziale ufficioso tempera l’effetto delle preclusioni legate al decorso del termine, consentendo al presidente del collegio, avuto riguardo alla peculiarità e complessità del caso concreto, di disporre con propria insindacabile valutazione, **la discussione, non solo - come previsto dalla norma - ove manchi l’istanza di parte, ma anche, e a fortiori, ove quest’ultima sia stata formulata oltre i termini di legge***”.

[16] L’art. 5 “Deposito degli atti ai sensi dell’art. 4 del decreto-legge n. 28/2020” dell’Allegato 3 (al DPCS n. 134/2020 recante “Regole tecnico-operative per l’attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti”) recita “*1. Il deposito dell’istanza di discussione, dell’atto di opposizione, delle note di udienza e della richiesta di passaggio in decisione di cui all’articolo 4, comma 1, del decreto-legge n. 28 del 2020, è effettuato con le modalità telematiche di cui all’Allegato 2 utilizzando il “Modulo Deposito Atto” disponibile sul sito web della Giustizia amministrativa, selezionando, tra la tipologia di atti da trasmettere le apposite voci. **Se l’istanza di discussione è formulata nel corpo del testo del ricorso introduttivo**, in questo caso il suo deposito è effettuato con le modalità telematiche di cui all’Allegato 2, utilizzando il “Modulo Deposito Ricorso” disponibile sul sito web della Giustizia amministrativa*”.

[17] Per una puntuale analisi delle fonti che regolano l’attuale svolgimento del processo amministrativo si veda C. Volpe, “*Pronti, partenza, via! Il nuovo processo amministrativo da remoto ai nastri di partenza*”, 1 giugno 2020, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[18] Comunicazione del Segretario della Giustizia amministrativa 11.11.2020 prot. n. 0022186, laddove si afferma che “*a) la discussione orale da remoto va chiesta con specifico atto separato - e non in seno al ricorso o ad altro scritto difensivo - nel quale sia chiaramente e inequivocabilmente espressa la volontà di discutere la causa*”.

[19] L’art. 5 dell’Allegato 3, nel testo recentemente aggiornato, prevede al suo primo comma che “*1. Il deposito dell’istanza di discussione, dell’atto di opposizione, delle note di udienza e della richiesta di passaggio in decisione di cui all’art. 4, comma 1, del decreto-legge n. 28 del 2020 convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, è effettuato con le modalità telematiche di cui all’allegato 2 utilizzando il «Modulo deposito atto» disponibile sul sito web della Giustizia amministrativa, selezionando, tra la tipologia di atti da trasmettere le apposite voci*”.

[20] TAR Sicilia, Catania, III, 29.12.2020, n. 5496.

[21] CGARS, 21.12.2020, n. 1151. In termini si veda CGARS, 20.1.2021, n. 37.

[22] CGARS, 18.11.2020, n. 816.

[23] Rispetto al termine di deposito delle note d'udienza, sia consentito il richiamo alle riflessioni contenute in V. Sordi, "Ancora dubbi applicativi", cit., laddove viene evidenziato che la disciplina contenuta nell'art. 4, d.l. n. 28/2020 (cui l'art. 25 d.l. n. 137/2020 rinvia) mantiene vivo il problema dell'eventuale esigenza di replicare alle note di udienza e, quindi, di garantire adeguatamente il principio del contraddittorio. Sul punto, per un maggiore approfondimento, si vedano M.A. Sandulli, "Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo", *lamministrativista.it*, 1° maggio 2020; Id., "Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo", in questa Rivista, 4 maggio 2020; Id., "L'emergenza non sacrifichi il diritto di difesa, neppure nel processo amministrativo", in *Il Dubbio*, 6 maggio 2020; Id., "Cognita causa", in questa Rivista, 6 luglio 2020; C.E. Gallo, "La discussione scritta della causa nel processo amministrativo", 16 luglio 2020, *ivi*.

[24] CGARS, 15.1.2021, n. 36. Sul tema, si veda P. Provenzano, "Note di udienza e sinteticità", *news in lamministrativista.it*, 19 gennaio 2021.

[25] TAR Campania, Napoli, IV, 4.1.2021, n. 3.

[26] Cons. St., IV, 18.1.2021, n. 29.

[27] M.A. Sandulli, "Un brutto risveglio?", cit; Id., "Pregi e difetti del diritto dell'emergenza", cit; F. Francario, "Il non - processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid 19", *ivi*, 14 aprile 2020; F. Saitta, "Da Palazzo Spada un ragionevole no al «contraddittorio cartolare coatto» in sede cautelare. Ma il successivo intervento legislativo sembra configurare un'oralità... a discrezione del presidente del collegio", in *federalismi*; S. Tarullo, "Contraddittorio orale e bilanciamento presidenziale. Prime osservazioni sull'art. 4 del D.L. 28 del 2020", *ivi*, 13 maggio 2020; G. Veltri, "Il processo amministrativo. L'oralità e le sue modalità in fase emergenziale: "tutto andrà bene"", in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2 maggio 2020; N. Durante, "Il lockdown del processo amministrativo", in *www.giustizia-amministrativa.it*, 28 aprile 2020; A. D'Urbano – R. Santi, "L'abolizione (temporanea?) della fase orale nel processo amministrativo per l'emergenza sanitaria. Il Consiglio di Stato (ordinanze nn. 2538 e2539 del 2020) riapre alla possibilità di discussione", in *federalismi*, 29 aprile 2020; C. Volpe, "Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive", in *www.giustizia-amministrativa.it*, 27 aprile 2020; V. Sordi, "Il principio dell'oralità secondo la giurisprudenza amministrativa nel periodo dell'emergenza Covid19", in questa Rivista, 27 maggio 2020.

[28] Il riferimento è all'originaria previsione contenuta nell'art. 84 d.l. 18/2020, recante "Disposizioni in Materia di Giustizia amministrativa", che al co. 5 prevedeva che "Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso. Le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione. Il giudice, su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia avvalsa della facoltà di presentare le note, dispone la rimessione in termini in relazione a quelli che, per effetto del secondo periodo del comma 1, non sia stato possibile osservare e adotta ogni conseguente provvedimento per l'ulteriore e più sollecito svolgimento del processo. In tal caso, i termini di cui all'articolo 73, comma 1, del codice del processo amministrativo sono abbreviati della metà, limitatamente al rito ordinario".

[29] V. Denti, "Valori costituzionali e cultura processuale", in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, (a cura di) A. Pizzorusso e V. Varano, II, Milano, 1985, 813.

[30] Per un approfondimento P. Di Cesare, "Il processo amministrativo nell'emergenza. Oralità, pubblicità e processo telematico", in *www.giustizia-amministrativa.it*, 7 ottobre 2020.

[31] Così S. Tarullo, "Giusto processo (dir. proc. amm.)", in *Annali II-1*, 2008, in particolare il pt. 8 dedicato a "La pubblica udienza".

[32] In questi termini, S.L.P. Comoglio, "Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica", in *Riv. dir. proc.*, 2002, 702 ss.; V. Vignera, "Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1187.

[33] In tal senso Corte cost., 14 dicembre 1989 n. 543, in *Foro it.*, 1990, I, 366; Corte cost. 29 dicembre 1989, n. 587, in *Giur. cost.*, 1989, I, 2705; Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 17, *ivi*, 1981, I, 601; Corte cost., 23 aprile 1998, n. 141, in *Foro it.*, 1999, I, 767.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1724 – 11 maggio 2021

La concessione della Certosa di Trisulti al *Dignitatis Humanae Institute*. Autotutela e “anestetizzazione” del termine per provvedere (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207)

di Veronica Sordi

Sommario: 1. Il caso. – 2. Le concessioni di beni e l’assoggettabilità all’esercizio del potere di autotutela dell’Amministrazione. – 3. Sul concetto di “dichiarazioni false o mendaci”. – Il possibile effetto “anestetizzante” del Capo VI d.P.R. n. 445/2000 (e dell’art 21 l. n. 241/90) sull’art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

1. Il caso

La pronuncia che si annota interviene su una vicenda che ha avuto una notevole eco mediatica (la destinazione della Certosa di Trisulti a scuola del sovranismo europeo) e merita di essere segnalata per le argomentazioni svolte dal giudice amministrativo con riferimento (i) all’applicabilità delle - rigorose - disposizioni previste dal Codice dei contratti per l’affidamento di servizi e forniture alle concessioni di beni; (ii) al concetto (fortemente dibattuto) di “*dichiarazioni false o mendaci*”; e infine (iii) al complesso rapporto del d.P.R. n. 445/2000 (e dell’art. 21, co. 1, l. n. 241/90) con l’art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

Il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo aveva infatti indetto una procedura selettiva per la concessione in uso di alcuni beni immobili appartenenti al demanio culturale dello Stato, ad esito della quale la Certosa di Trisulti veniva data in concessione alla Dignitatis Humanae Institute, associazione vicina all’ideologo Steve Bannon. A causa della carenza dei requisiti originari prescritti dall’avviso pubblico di selezione (oltre che per asserite

inadempienze della concessionaria agli obblighi assunti), a distanza di due anni, il Ministero annullava in autotutela il decreto con il quale era stata approvata la graduatoria della selezione, nonché tutti gli atti conseguenti, ivi compreso il contratto di concessione. L'associazione, quindi, impugnava tale determina, che veniva annullata dal giudice di prime cure. Avverso siffatta decisione il Ministero proponeva appello al Consiglio di Stato, il quale riformava la decisione del TAR.

2. Le concessioni di beni e l'assoggettabilità all'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione.

La sentenza, dopo aver precisato che la concessione per la cura e lo sfruttamento (*i.e.* la gestione) di un bene culturale demaniale costituisce un atto autoritativo con il quale, all'esito di un procedimento amministrativo di tipo selettivo, l'amministrazione concedente individua il soggetto al quale rilasciare la concessione, ha evidenziato che la stipula della convenzione tra amministrazione e privato costituisce il momento civilistico della seconda fase dell'operazione, ossia il momento nel quale concedente e concessionario disciplinano gli aspetti operativi della gestione del bene demaniale. In altre parole, secondo l'impostazione del g.a. la fase civilistica *“non avrebbe vita autonoma senza la definizione della fase pubblicistica e, anzi, è strettamente condizionata dalla validità ed efficacia delle scelte effettuate dall'amministrazione concedente nella fase autoritativa di individuazione del concessionario ... Nell'operazione di rilascio della concessione di beni coesistono, pertanto, un atto amministrativo unilaterale, con il quale l'amministrazione dispone di un proprio bene in via autoritativa e una convenzione attuativa, avente ad oggetto la regolamentazione degli aspetti patrimoniali, nonché dei diritti e obblighi delle parti connessi all'utilizzo di detto bene, elementi, questi, entrambi necessari ai fini della costituzione del rapporto concessorio”*. Quindi, nel caso in cui venga accertata l'illegittimità del provvedimento concessorio e una volta che si sia proceduto al suo annullamento (in sede giudiziale o in sede amministrativa tramite lo strumento dell'autotutela), l'effetto patologico di tale illegittimità, in ragione dell'*“intimo rapporto di causa-effetto che intercorre tra fase amministrativa e fase civilistica”*, pervade - inevitabilmente - il contratto, provocando la decadenza dal beneficio ottenuto dal privato.

3. Sul concetto di “dichiarazioni false o mendaci”.

Prima di entrare nel merito della questione, occorre ricordare che nella specie l'associazione appellata aveva conseguito un vantaggio economico, ossia l'assegnazione di un bene demaniale culturale (la Certosa di Trisulti), all'esito di una selezione, tramite concessione, sulla scorta di dichiarazioni rese al momento della presentazione della domanda di partecipazione, poi dimostrate non veritiere. Il giudice di prime cure, pur non ignorando tale circostanza, aveva comunque ritenuto che l'amministrazione avrebbe potuto annullare il provvedimento soltanto all'esito del giudizio penale (e quindi dopo il passaggio in giudicato della relativa sentenza) – eventualmente – avviato nei confronti del dichiarante. Tale impostazione non è stata condivisa dal Consiglio di Stato sulla scorta di diverse ragioni. Il Collegio ha, in primo luogo, richiamato l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 25 settembre 2020 n. 16 con riferimento agli obblighi dichiarativi dei concorrenti nell'ambito della (diversa e specifica) disciplina del codice dei contratti pubblici di appalto e concessione di lavori, servizi e forniture, rilevando che le

informazioni rese da un concorrente nell'ambito di una procedura selettiva ben possono essere false o fuorvianti, nonché dirette e in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura selettiva medesima. In secondo luogo, ha evidenziato che in presenza di un margine di apprezzamento discrezionale riservato all'amministrazione (la quale è tenuta ad accertare i presupposti di fatto e a svolgere le proprie valutazioni di carattere giuridico), *“la demarcazione tra informazione contraria al vero e informazione ad essa non rispondente ma comunque in grado di sviare la valutazione dell'amministrazione diviene da un lato difficile, con rischi di aggravio della procedura di gara e di proliferazione del contenzioso ad essa relativo, e dall'altro lato irrilevante rispetto al disvalore della fattispecie, consistente nell'attitudine delle informazioni a sviare l'operato della medesima amministrazione”*. Il giudice d'appello ha di conseguenza affermato che *“la considerazione della dichiarazione in termini omissivi o non veritieri, per poter condurre all'esclusione dalla selezione (ovvero, come nel caso di specie, laddove la scoperta della inadeguatezza della dichiarazione rispetto alle regole di partecipazione alla selezione sia successiva all'adozione del provvedimento conclusivo e quindi conduca al suo annullamento in autotutela), deve essere ricondotta dall'amministrazione nell'ambito di un contraddittorio tra l'amministrazione procedente e il concorrente, solo all'esito del quale l'amministrazione potrà stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante, se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni ed infine se il comportamento tenuto dal concorrente abbia inciso in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità partecipativa. Del pari l'amministrazione dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa della selezione, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità”*. Fatta questa premessa di ordine generale, il Collegio ha avuto peraltro specificamente e opportunamente cura di sottolineare che, nel caso di specie, (i) la non veridicità delle dichiarazioni poggiava su dati di realtà non opinabili, ossia su dimostrazioni documentali di insussistenza dei requisiti richiesti dalla procedura di selezione; (ii) prima di adottare il provvedimento di annullamento in autotutela l'amministrazione aveva svolto un'apposita istruttoria coinvolgendo pienamente l'associazione appellata, consentendole quindi di contraddire su ogni carenza riscontrata dall'amministrazione in ordine ai requisiti di partecipazione dichiarati ma la cui sussistenza non era stata confermata – al termine della verifica successiva all'esito della selezione – dalla documentazione ricevuta; (iii) quindi, la insussistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'associazione al momento della presentazione della domanda (il 16 gennaio 2017) era dimostrata dalla non veridicità delle dichiarazioni rese ai sensi del d.P.R. n. 445/2000. In altre parole, il Consiglio di Stato, sulla scorta dell'insegnamento desunto dall'Adunanza plenaria nella richiamata sentenza n. 16/2020 (che – come già ricordato – era stata pronunciata con riferimento alla selezione dei contraenti nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica), ha ritenuto che nel caso in cui la fallace dichiarazione abbia inciso sul rilascio del provvedimento amministrativo, *“è del pari congruo che il termine “ragionevole” (massimo di 18 mesi) decorra solo dal momento in cui la pubblica amministrazione abbia appreso tale non veridicità”*. Tale interpretazione però non trova conferma nel dato testuale dell'art. 21-nonies l. n. 241/90 e sembra contravvenire allo spirito del legislatore che, già dal 2004 – e, quindi, ancora prima della riforma Madia del 2015 – aveva tentato di dare una precisa delimitazione temporale al potere dell'Amministrazione di intervenire in autotutela sui propri provvedimenti, proprio allo scopo di bilanciare l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e l'esigenza del privato destinatario del provvedimento a conservare la propria posizione soggettiva (ci si riferisce, in particolare, all'art. 1, co. 136, l. n. 311/2004, ai sensi del quale *“L'annullamento ... di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante”*). E ha circoscritto l'inapplicabilità del limite temporale all'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo venga

conseguito “sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato”. La “terza via” percorsa dal Consiglio di Stato – rinvio del *dies a quo* all'accertamento amministrativo dell'illecito – al di là della sua possibile ragionevolezza, non è contemplata da alcuna disposizione di legge.

4. Il possibile effetto “anestetizzante” del Capo VI d.P.R. n. 445/2000 (e dell'art. 21 l. n. 241/90) sull'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

Sotto altro profilo, nella ricerca di un autonomo punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze rappresentate dagli artt 19, 21 e 21-*nonies* l. n. 241/90 (M.A. Sandulli, *La semplificazione nella produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio* (art. 18 l. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000), in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 2021, 181 ss.; Id., *Basta norme-trappola sui rapporti tra privati e Pa o il Recovery è inutile*, in *Il Dubbio*, 7 maggio 2021), il Consiglio di Stato si è spinto ad affermare che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241/1990, tenuto conto della portata degli artt. 3 e 97 Cost., porterebbe ad affermare che “*il limite temporale dei 18 mesi, introdotto nel 2015, in ossequio al principio del legittimo affidamento con riguardo alla posizione di colui che ha ottenuto un provvedimento autorizzatorio o di attribuzione di vantaggi economici, è dedicato dal legislatore e, quindi, trova applicazione, solo se il comportamento della parte interessata, nel corso del procedimento o successivamente all'adozione dell'atto, non abbia indotto in errore l'amministrazione distorcendo la realtà fattuale oppure determinando una non veritiera percezione della realtà o della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e se grazie a tale comportamento l'amministrazione si sia erroneamente determinata (a suo tempo) a rilasciare il provvedimento favorevole. Nel caso contrario, non potendo l'ordinamento tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata, non può trovare applicazione il limite temporale di 18 mesi oltre il quale è impedita la rimozione dell'atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario*”. Nella fattispecie *de qua*, pertanto, secondo il Collegio, trovano contemporanea applicazione l'art. 21-*nonies*, comma 1, l. 241/1990 e l'art. 75, comma 1, d.P.R. n. 445/2000, per il quale, in forza del principio di autoresponsabilità, (i) al privato è precluso trarre vantaggi da dichiarazioni obiettivamente non rispondenti al vero e (ii) l'amministrazione è vincolata ad assumere le conseguenti determinazioni, senza alcun margine di discrezionalità e, addirittura, prescindendo dal profilo soggettivo del dolo o della colpa del dichiarante. La sentenza, peraltro, proprio in merito alle suddette norme, ha rilevato che “*il rapporto osmotico [che viene ad instaurarsi tra esse]... è tale che la seconda [l'art. 75 d.P.R. n. 445/2000] incide sulla prima [l'art. 21-*nonies* l. 241/90] anestetizzando l'applicazione del termine di diciotto mesi per l'esercizio del potere di autotutela. Le due norme, dunque, non sono antitetiche tra di loro, ma trovano il punto d'incontro nel principio per il quale l'affidamento va garantito solo se è legittimo e se quindi il provvedimento favorevole non è stato acquisito coartando o inquinando o (ancora) deviando la volontà dell'amministrazione attraverso non veritiere rappresentazione della realtà, sia con la produzione di documentazione fuorviante che con la predisposizione di dichiarazioni dal contenuto omissivo ovvero non rispondente a quanto era richiesto di dichiarare*”. Il punto critico è però che il Collegio, per un verso, richiama il principio di autoresponsabilità e “sfrutta” la clausola di salvezza delle “*sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445*”, verosimilmente frutto di un refuso e, per l'altro, non senza contraddizioni, assume l'irrilevanza dell'elemento soggettivo.

La sentenza (al di là del risultato raggiunto) mette in luce l'assoluta urgenza di risolvere il problema dei rapporti dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/90 con il Capo VI del d.P.R. n. 445/2000, nonché con l'art. 21, co.1, l. n. 241/90 (laddove dispone che “*Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato*”).

Con specifico riferimento al rapporto tra gli artt. 21, co.1, e 21-*nonies* l. n. 241/90, l'interrogativo che dottrina e giurisprudenza si pongono è se il limite temporale imposto dall'art. 21-*nonies* debba operare anche rispetto agli interventi posti in essere in forza dell'art. 21, co. 1, cit., ovvero se tale ultima previsione debba costituire (invece) una ulteriore eccezione al limite dei 18 mesi previsti dal 21-*nonies*, quale deroga aggiuntiva rispetto a quella individuata dal co. 2-*bis* della medesima disposizione. La permanenza del suddetto quesito ha indotto autorevole dottrina a rilevare l'assoluta necessità di un intervento legislativo teso a rimuovere “l'errore” compiuto dal legislatore del 2015 di non modificare l'art. 21, co.1 in linea con le ragioni che avevano ispirato il medesimo ad abrogare il secondo comma dell'art. 21 e di introdurre rigorosi limiti al potere di rimuovere con effetto *ex tunc* i titoli e i benefici acquisiti ai sensi degli artt. 19 e 20 l. n. 241/90. A tal proposito, occorre ricordare che la Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, nei pareri nn. 839 e 1784 del 2016 (sui c.d. d.lgs. SCIA 1 e SCIA 2), guardando proprio alla *ratione* posta a fondamento della riforma (ossia garantire la stabilità del titolo del privato tramite l'abrogazione del co. 2 dell'art. 21 e l'introduzione del co. 2-*bis* all'art. 21-*nonies*), nel rilevare la distonia della scelta riformistica di mantenere inalterato il suddetto art. 21, co.1, aveva sin da subito evidenziato che se effettivamente il legislatore avesse voluto individuare una deroga ulteriore rispetto a quella prevista dal co. 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, avrebbe dovuto precisare “*quali [fossero] i poteri ulteriori esercitabili ex art. 21, co. 1, rispetto a quelli di intervento ex post alle condizioni dell'art. 21-*nonies* (...)*”.

È innegabile quindi che la perdurante (e inalterata) vigenza dell'art. 21, co. 1, l. n. 241/90, oltre a determinare un'insostenibile confusione di sistema (soprattutto se si guarda alle disposizioni di cui agli artt. 19 e 21-*nonies*), rappresenta un “pericolo” per il privato:

(i) non solo perché siffatta norma, così come il Capo VI del d.P.R. n. 445/2000, viene utilizzata dalla giurisprudenza non soltanto nelle ipotesi di non veridicità documentalmente dimostrata – come nel caso della sentenza in commento – ma anche, come spesso accaduto, a fronte di meri errori di diritto e comunque di dichiarazioni in cui l'assoluta non veridicità non sia riconducibile alla formula “vero-falso”, ma risulti invece opinabile, con la conseguenza che ogni disposizione tesa a limitare il potere dell'amministrazione di intervenire in autotutela su propri provvedimenti per vizi originari di legittimità (compresa, da ultimo, la previsione di cui all'art. 2, co. 8-*bis* l. n. 241/90 introdotta dall'art. 12 d.l. n. 76/2020 conv. nella l. n. 120/2020) sarà di fatto “*anestetizzata*”;

(ii) ma soprattutto perché la lettura combinata del primo periodo di essa (“*l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti*”) con il secondo (“*In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni ... il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale*”) comporta l'inaccettabile equiparazione dell'errore di diritto al “*falso ideologico in atto pubblico*”, oltre che una (assurda) disparità tra la posizione del privato, esposto al rischio di una condanna ai sensi dell'art. 483 c.p. nel caso in cui erri nell'interpretare le

norme di legge, e quella del funzionario pubblico, che risulterà, invece, esonerato dalla responsabilità, laddove incorra in meri errori di diritto.

Quanto illustrato mostra chiaramente la più volte richiamata urgenza di un intervento legislativo che, tra le tante, chiarisca (i) se la locuzione “*per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*” debba riferirsi anche alle “*false rappresentazioni dei fatti*”; (ii) che l'errore di diritto non può essere ricondotto alle “*false rappresentazioni dei fatti*”; e (iii) in caso di esito negativo della prima domanda, che i 18 mesi possano essere superati, al di là delle condanne penali passate in giudicato, soltanto nelle fattispecie in cui il “falso” della dichiarazione si evinca con immediatezza dal contrasto di essa con dati di realtà oggettivi, quali quelli risultanti da pubblici registri.

Per un maggiore approfondimento dei temi trattati si vedano in giurisprudenza, *ex multis*: Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2020 n. 4392, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2020 n. 1872, *ivi*; Cons. Stato, Sez. IV, 17 maggio 2019 n. 3192, in dejure.it, Id., 24 aprile 2019 n. 2645, *ivi*; Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2018 n. 3940, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017 n. 8, in questa *Riv. giur. edil.*, 2017, 5, I, 1089 (nota di N. Posteraro). Da ultimo, Corte cost., 16 aprile 2021 n. 68, in *Il quotidiano giuridico*, (che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, “*in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, cod. strada*” e) le cui argomentazioni e conclusioni, anche alla luce dei recenti interventi legislativi, non sembra che possano trovare spazio rispetto ai benefici incisi da misure sanzionatorie di carattere interdittivo.

In dottrina, si rinvia a M.A. Sandulli, *Basta norme-trappola sui rapporti tra privati e Pa o il Recovery è inutile*, in questa rivista 10 maggio 2021; Id., *Autodichiarazioni e dichiarazione "non veritiera"*, in questa *Rivista*, 15 ottobre 2020; Id., *La semplificazione nella produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio (art. 18 l. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 2020, 181 ss.; Id., *La "trappola" dell'art. 264 "decreto Rilancio" per le autodichiarazioni. Le sanzioni nascoste*, in questa *Rivista*, 2 giugno 2020; Id., *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, nel quale si denuncia l'assoluta incertezza e il caos generato dalla disciplina in tema di autocertificazioni e di esercizio del potere dell'autotutela soprattutto nella materia edilizia; Id., *L'autotutela perde i limiti temporali imposti dalla «Mada»*, in *Il sole 24 ore*, 9 luglio 2018; M.A. Sandulli, G. Strazza, *L'autotutela tra vecchie e nuove incertezze: l'Adunanza Plenaria rilegge il testo originario dell'art. 21-nonies, l. n. 241 del 1990*, in S. Toschei (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2019; M. Sinisi, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 2020, 421 ss.; G. Strazza, *I "tempi" dell'annullamento d'ufficio (Nota a C.g.a.r.s., sez. I, 26 maggio 2020, n. 325)*, in *Giustizia insieme*, 24 giugno 2020; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1177; Id., *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in federalismi.it, 22 marzo 2017; A. Gualdani, *Il tempo nell'autotutela*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 12, 2017; C.P. Santacroce, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento dopo la legge n. 124 del 2015*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1145 ss..

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1528 - 2 febbraio 2021

Nomina dei componenti togati del Comitato Direttivo della Scuola superiore della magistratura: è l'auto-vincolo a imporre il procedimento selettivo a carattere comparativo

di Mario R. Spasiano

Sommario: 1. I contenuti della sentenza – 2. Il quadro normativo di riferimento - 3. La discrezionalità tecnica e la regola dell'auto-vincolo

1. I contenuti della sentenza

Con sentenza resa in data 11 gennaio 2021, n. 330, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha avuto occasione di occuparsi della vicenda concernente la nomina, da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, dei componenti togati del Comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura.

Nel giudizio di primo grado, un magistrato non risultato tra i prescelti, sulla scorta dei requisiti professionali vantati, aveva proposto ricorso al TAR Lazio adducendo plurime censure volte a sindacare l'operato del CSM per avere tale organo, a suo avviso: a) erroneamente ricostruito il suo curriculum professionale; b) prescelto magistrati in possesso di minori esperienze professionali nell'ambito della formazione, in mancanza di indicazione di specifici elementi preferenziali; c) non operato la pur necessaria valutazione comparativa, sostituendola con *“una motivazione apparente e puramente assertiva”* fondata su analisi parziali o persino erronee dei dati curriculari forniti dai candidati, così determinando un'evidente disparità di trattamento tra i candidati nella valutazione dei relativi requisiti; d) proceduto alle nomine senza indicare più specifici elementi motivazionali.

Il TAR Lazio, Sezione Prima, aveva accolto il ricorso in primo grado.

Il CSM proponeva appello al Consiglio di Stato che, pronunciandosi con la richiamata sentenza n. 330/2021, confermava l'esito del giudizio di primo grado.

Le doglianze di merito del CSM nel giudizio di appello si fondavano su un unico motivo, vale a dire la violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del decreto legislativo 30 gennaio 2006, n. 26.

A questo punto, si rende necessario il richiamo del quadro normativo di riferimento.

2. Il quadro normativo di riferimento

Il d. lgs. n. 26 del 2006, intitolato “*Istituzione della Scuola superiore della magistratura, nonché disposizioni in tema di tirocinio e formazione degli uditori giudiziari, aggiornamento professionale e formazione dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera b), della L. 25 luglio 2005, n. 150*”, disciplina appunto l'istituzione in questione, munita di competenza esclusiva in materia di aggiornamento e formazione dei magistrati ordinari.

Si tratta di una struttura didattica autonoma, con personalità giuridica di diritto pubblico, piena capacità di diritto privato e autonomia organizzativa, funzionale, gestionale, negoziale e contabile, secondo le disposizioni del proprio statuto e dei regolamenti interni, nel rispetto delle norme di legge.

La Scuola è preposta ad una gamma ampia di attività tutte aventi una prevalente componente di tipo formativo e tecnico-scientifico, fortemente incidenti, sotto il profilo culturale, sulla qualificazione professionale dei magistrati. Esse concernono:

- a) la formazione e aggiornamento professionale dei magistrati ordinari;
- b) l'organizzazione di seminari di aggiornamento professionale e di formazione dei magistrati e, nei casi previsti dalla lettera n), di altri operatori della giustizia;
- c) la formazione iniziale e permanente della magistratura onoraria;
- d) la formazione dei magistrati titolari di funzioni direttive e semi-direttive negli uffici giudiziari;
- d-bis) l'organizzazione di corsi di magistrati giudicanti e requirenti che aspirano a incarichi direttivi di primo e di secondo grado;*
- e) la formazione dei magistrati incaricati di compiti di formazione;
- f) l'attività di formazione decentrata;
- g) la formazione, su richiesta della competente autorità di Governo, di magistrati stranieri in Italia o partecipanti all'attività di formazione che si svolge nell'ambito della Rete di formazione giudiziaria europea ovvero nel quadro di progetti dell'Unione europea e di altri Stati o di istituzioni internazionali, ovvero all'attuazione di programmi del Ministero degli affari esteri

e al coordinamento delle attività formative dirette ai magistrati italiani da parte di altri Stati o di istituzioni internazionali aventi ad oggetto l'organizzazione e il funzionamento del servizio giustizia;

h) la collaborazione, su richiesta della competente autorità di Governo, nelle attività dirette all'organizzazione e al funzionamento del servizio giustizia in altri Paesi;

i) la realizzazione di programmi di formazione in collaborazione con analoghe strutture di altri organi istituzionali o di ordini professionali;

l) la pubblicazione di ricerche e di studi nelle materie oggetto di attività di formazione;

m) l'organizzazione di iniziative e scambi culturali, incontri di studio e ricerca, in relazione all'attività di formazione;

n) lo svolgimento, anche sulla base di specifici accordi o convenzioni che disciplinano i relativi oneri, di seminari per operatori della giustizia o iscritti alle scuole di specializzazione forense;

o) la collaborazione alle attività connesse con lo svolgimento del tirocinio dei magistrati ordinari nell'ambito delle direttive formulate dal Consiglio superiore della magistratura e tenendo conto delle proposte dei consigli giudiziari.

Organi di governo della Scuola sono il Comitato direttivo, il Presidente e il Segretario generale.

Il Comitato direttivo, in particolare, composto da dodici membri, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d. lgs. cit., *“adotta e modifica lo statuto e i regolamenti interni; cura la tenuta dell'albo dei docenti; adotta e modifica, tenuto conto delle linee programmatiche proposte annualmente dal Consiglio superiore della magistratura e dal Ministro della giustizia, il programma annuale dell'attività didattica; approva la relazione annuale che trasmette al Ministro della giustizia e al Consiglio superiore della magistratura; nomina i docenti delle singole sessioni formative, determina i criteri di ammissione ai corsi dei partecipanti e procede alle relative ammissioni; conferisce ai responsabili di settore l'incarico di curare ambiti specifici di attività; nomina il segretario generale; vigila sul corretto andamento della Scuola; approva il bilancio di previsione e il bilancio consuntivo”*.

Ai sensi dell'art. 6, *“Fanno parte del comitato direttivo dodici componenti di cui sette scelti fra magistrati, anche in quiescenza, che abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità, tre fra professori universitari, anche in quiescenza, e due fra avvocati che abbiano esercitato la professione per almeno dieci anni. Le nomine sono effettuate dal Consiglio superiore della magistratura, in ragione di sei magistrati e di un professore universitario, e dal Ministro della giustizia, in ragione di un magistrato, di due professori universitari e di due avvocati.*

I magistrati ancora in servizio nominati nel comitato direttivo sono collocati fuori del ruolo organico della magistratura per tutta la durata dell'incarico (ovvero, a loro richiesta, possono usufruire di un esonero parziale dall'attività giurisdizionale nella misura determinata dal Consiglio superiore della magistratura)”.

I componenti del comitato direttivo sono nominati per un periodo di quattro anni; non possono essere immediatamente rinnovati e non possono fare parte delle commissioni di concorso per magistrato ordinario.

Essi, ai sensi dell'art. 8, esercitano le proprie funzioni in condizioni di indipendenza rispetto all'organo che li ha nominati.

3. La discrezionalità tecnica e la regola dell'auto-vincolo

Come si è fatto cenno, l'unico motivo di appello concernente il merito del giudizio, proposto dal CSM, ha riguardato la presunta violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del d. lgs. n. 26 del 2006, ossia la modalità di nomina dei componenti togati spettanti allo stesso organo di autogoverno della magistratura.

E' innanzitutto noto che il sindacato degli atti del CSM da parte della giustizia amministrativa (in particolare riguardante i provvedimenti di nomina dei magistrati a incarichi giudiziari) costituisce un tema oggetto di non recente dibattito con incerti orientamenti giurisprudenziali oscillanti tra le esigenze di difesa delle prerogative proprie di un organo a rilevanza costituzionale quale il CSM, chiamato a preservare l'indipendenza e l'autonomia della magistratura, da un lato, e il rispetto dei principi propri dell'attività amministrativa di cui all'art. 97 Cost. e alla L. n. 241 del 1990, nonché del suo sindacato, dall'altro.

Negli ultimi anni, la cresciuta sensibilità per più diffuse e penetranti esigenze di tutela giudiziaria hanno finito col prevalere, inducendo il G.A. ad affermare ormai stabilmente la legittimità di un sindacato estrinseco sugli atti del CSM, ancorché questi risultino per lo più connotati da ampia discrezionalità tecnica. Il vaglio permane dunque circoscritto alla verifica della sussistenza di profili di irragionevolezza manifesta, travisamento dei fatti o arbitrarietà^[1].

Nel tornare al caso in esame, l'appello proposto dal CSM contestava che il riferimento alla "nomina", operato dalla disposizione di cui all'art. 6 cit., imponesse di fondare l'obbligo di attivazione di una vera e propria procedura selettiva di tipo comparativo, ritenendo piuttosto che la norma avesse inteso riservare "la più ampia discrezionalità" nella "scelta" dei componenti della Scuola al fine di assumere determinazioni che consentissero di coprire tutti i settori dell'attività formativa coperti dalla Scuola, a prescindere da qualsiasi forma di selezione di candidati in possesso delle maggiori competenze nei vari contesti che "visti nell'ambito della loro coordinata attività all'interno del Comitato, potrebbero non assicurare la completezza della proposta culturale della Scuola".

A tale argomentazione la difesa del CSM aggiungeva poi che "l'onere di una comparazione diretta ed esplicita tra i diversi aspiranti si risolverebbe in adempimento eccessivamente laborioso e defatigante, e, comecchessia, foriero di una motivazione della delibera inevitabilmente poco lineare": quest'ultima argomentazione, appare subito da segnalare, sarebbe stato meglio non fosse stata inserita nella difesa rivelandosi, come opportunamente rilevato dal Consiglio di Stato, un "adducere inconveniens", privo di rilievo ai fini dell'apprezzamento della legittimità amministrativa.

Ad ogni modo, il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame, riteneva infondato il motivo di appello sulla base dell'argomentazione secondo la quale il potere di nomina di cui all'art. 6 cit. riveste un duplice carattere, strumentale (individuazione del destinatario della scelta), il

primo, e formale (perfezionamento del procedimento di nomina), il secondo: nella fattispecie, si sarebbe prospettata una questione di contestuale *nomina-scelta*. Ad avviso del Giudice adito, tuttavia, mentre la competenza del Ministro nel procedere alle nomine dei componenti il Comitato direttivo a lui spettanti, in virtù della natura strettamente amministrativa dell'organo e della sua responsabilità politica, gli consente di operare la scelta *intuitu personae* (laddove l'apprezzamento del merito professionale e della capacità rispetto all'ufficio *ad quem* vengono rimessi all'autonomo apprezzamento discrezionale ministeriale), nel caso del CSM, organo non politico bensì di alta amministrazione di rilievo costituzionale, la relativa scelta non può essere connessa all'ufficio di destinazione, bensì alla particolare natura e struttura del CSM che, in ragione del suo carattere di organo di governo autonomo a base composta ed elettiva, gli impedisce di sottrarsi all'obbligo di operare mediante una vera e propria selezione secondo canoni di trasparenza, verificabilità, idoneità e razionalità al pari di qualsiasi attività amministrativa, con vaglio delle professionalità proposte, congrua motivazione dei provvedimenti, nel rigoroso rispetto di parametri di scelta strettamente professionali, non già di altra natura.

La prospettiva enunciata dal Consiglio di Stato, secondo la logica sulla quale essa fonda, appare chiara e coerente (non per questo necessariamente condivisibile): essa colloca a monte del ragionamento, la natura giuridica dell'organo selezionatore (il CSM), natura non politica, dalla quale fa scaturire, al di là del contenuto della disposizione normativa concernente il potere di scelta, l'obbligo di attuazione di una procedura selettiva fondata sul criterio comparativo.

L'impostazione si fonda evidentemente su un assioma (che appare invero da dimostrare) secondo cui il fattore condizionante la qualificazione di un'attività, dunque la sua sottoposizione ai canoni propri di qualsiasi attività amministrativa concernente nomine, sarebbe costituito dalla natura giuridica dell'organo che la pone in essere. Da qui, la necessaria correlazione tra profilo istituzionale (natura giuridica dell'organo) e profilo funzionale (natura dell'attività), il che induce ad affermare consequenzialmente che mentre nel caso di un organo a natura (prevalentemente) politica, è impedito comunque al giudice addentrarsi nel sindacato delle modalità operative adottate, in quello di organo a natura non politica, la sua attività è in ogni caso sottoposta agli ordinari parametri del sindacato sull'azione amministrativa.

Il problema, evidentemente, è più complesso e non pare possa prescindere dalla considerazione della peculiare natura dell'organo di indipendenza e autonomia della magistratura, dallo specifico contenuto della disposizione attributiva del potere di scelta e finanche dalla peculiarità della nomina in questione.

Viene da chiedersi: siamo davvero certi che l'attività di un organo a rilevanza costituzionale e base elettiva quale il CSM non possa operare scelte fondate su un'amplissima discrezionalità tecnica, delimitata solo dai requisiti prescritti dalla legge? La risposta pare dover essere negativa se si voglia tener conto dell'autonomia rafforzata e garantita propria dell'organo in questione, sottoposto di certo alla legge, ma non alle procedure proprie di un qualsiasi altro organo della pubblica amministrazione. E, per converso, la natura prevalentemente (non esclusivamente) politica del Ministro può implicare che tutti i suoi atti (di nomina) siano aprioristicamente sottratti al sindacato di legittimità? Anche in questo caso la domanda appare retorica. Intanto, la lettura del testo dell'art. 6 cit. induce a rilevare che la norma detta una disciplina unica per le differenti tipologie di nomina ivi previste, sia quelle di origine CSM, sia quelle di fonte ministeriale. Ivi si definisce indifferentemente "scelta" quella operata

dal CSM e dal Ministro, sulla base del possesso, da parte degli aspiranti, di un unico requisito; se la legge avesse voluto disporre in modo differenziato di certo avrebbe potuto adoperare diversa terminologia a fronte dei due distinti soggetti chiamati ad operare, il CSM e il Ministro, riservando al primo il riferimento al candidato “selezionato”. Al di là della disquisizione operata nella sentenza del Consiglio di Stato tra nomina-scelta e nomina-investitura, per tutte le nomine dei componenti il Consiglio direttivo della Scuola unico è il fattore condizionante, dovendosi in ogni caso trattare della scelta di magistrati, *anche in quiescenza, che abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità*: null’altro. Il magistrato che versì in quella condizione e che ne faccia domanda può essere nominato componente del Consiglio direttivo laddove ritenuto adeguato. Nessun ulteriore requisito è previsto dalla disciplina e soprattutto nessun riferimento ad una procedura comparativa di selezione emerge dalla disposizione.

Sotto altro profilo appare meritevole di considerazione anche un’ulteriore circostanza, ossia che la natura e la tipologia delle attività della Scuola in questione pongono in luce che si tratta di compiti a carattere formativo, culturale, organizzativo, persino di iniziativa scientifica: un’ampia gamma di attività il cui migliore complessivo assolvimento più che essere garantito dalla compresenza di concorrenti-tipo ideali, resi tali dal possesso di corposi *curriculum* professionali, pare fare riferimento all’esigenza di integrazione tra competenze complementari, la cui articolata e persino differenziata acquisizione non pare poter essere conseguita sulla scorta di una unica, omogenea e burocratica procedura selettiva fondata sulla verifica del possesso del maggior numero di titoli e sulla relativa comparazione, quanto da una scelta a carattere prevalentemente fiduciario (ancorché adeguatamente motivata), nel delicato e rilevantissimo fine di comporre un gruppo composito e affiatato in grado di assolvere efficacemente il compito di governo della Scuola Superiore per la formazione dei magistrati, compito per certi versi non meno delicato e complesso di quello proprio dell’investitura di talune funzioni dirigenziali.

Per altro verso, viene anche da osservare che se fosse prescritta implicitamente una procedura selettiva a carattere comparativo, non vi sarebbe ragione in base alla quale taluni componenti del Consiglio direttivo, sol perché di nomina ministeriale ma chiamati a svolgere le medesime funzioni degli altri membri, potrebbero invece risultare il frutto di scelte *intuitu personae*!

Tanto non prescrive la legge e tanto non si può ritenere di imporre al CSM tanto più che il Consiglio direttivo della Scuola Superiore, alla luce della disciplina normativa vigente, costituisce organo di governo di una istituzione strumentale allo stesso CSM e alle sue politiche generali di indirizzo anche nel campo della formazione della magistratura ordinaria, un ambito nel quale proprio il rispetto della indipendenza e dell’autonomia degli organi giudiziari, richiede il riconoscimento, nell’ambito delle prescrizioni legislative, di quell’ampissimo tasso di discrezionalità necessario al suo più corretto e coerente espletamento.

Eppure, nonostante queste riflessioni, la sentenza del Consiglio di Stato perviene ad un esito assolutamente condivisibile. La sentenza in commento coglie pienamente nel segno laddove definisce decisiva, al fine del rigetto dell’appello, la circostanza che il CSM abbia ritenuto di proceduralizzare la selezione mediante un interpello tra gli aspiranti connotato non solo da una manifestazione di disponibilità, bensì da apposite relazioni, strumentali a fornire elementi di valutazione in ordine alla “*idoneità specifica a ricoprire l’incarico*” con riguardo “*alle esperienze maturate nella giurisdizione sia di merito, nei differenti settori di competenza*”, alle “*pregresse*

specifiche esperienze nell'attività di formazione e in attività di rilevanza organizzativa", alla "comprovata attitudine all'approccio multidisciplinare", alle "attività di studio e di ricerca scientifica, connesse alle attività di formazione", al "possesso di specifiche attitudini tecniche, culturali e organizzative", alla "comprovata conoscenza delle problematiche della didattica e della formazione professionale", alla "conoscenza di una o più lingue straniere, attestate da idonea documentazione o da autocertificazione".

Insomma, una vera e propria articolata serie di informazioni ovviamente corrispondenti ad altrettanti criteri selettivi che, in assenza di precetti normativi, hanno fatto sì che la disciplina rigorosa dettata dallo stesso CSM costituisse un auto-vincolo alla sua azione, con la rinuncia all'esercizio di qualsiasi forma di nomina *intuitu personae*.

Scelta tale strada, il principio meritocratico indicato dal CSM non poteva non guidare e persino vincolare le modalità operative conseguenti, obbligando l'organo a motivare in ordine alla loro concreta attuazione anche in termini comparativi.

Tale impostazione, come condivisibilmente affermato dal Consiglio di Stato, andava applicata sin dalla fase iniziale c.d. della scrematura dei candidati, sebbene con modalità differenti rispetto alla fase finale. Nella realtà, se nella prima parte del procedimento in effetti non è mancato, a fronte dell'interpello articolato, un primo legittimo vaglio con confronto limitato ai titoli, ciò che non ha poi (illegittimamente) avuto luogo è stato il successivo più approfondito confronto analitico tra professionalità individuate secondo quanto ci si sarebbe attesi inconsiderazione del contenuto dell'interpello operato dal CSM.

Se dunque appare condivisibile quanto sostenuto dalla difesa del CSM secondo cui la risultante di un lavoro selettivo avrebbe potuto essere una compagine di selezionati complessivamente inadeguata ad "interpretare le variegate esigenze della formazione dei magistrati", che non rappresentasse "un equilibrio ... tra le diverse istanze provenienti dall'esercizio della giurisdizione su tutto il territorio nazionale", tale profilo avrebbe dovuto essere tenuto in considerazione a monte dal CSM, prima di auto-vincolarsi all'applicazione di criteri selettivi dai quali non ci si sarebbe poi potuti più discostare.

[1] In tal senso, tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 11/2/2016, n. 597 e 3/3/2016, n. 875; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 2/3/2018, n. 2325 e 2/12/2016, n. 12070.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1735 – 18 maggio 2021

Affidamento *in house* e motivazione del mancato ricorso al mercato (nota a Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102)

di Alessandro Squazzoni

Sommario: 1. Il caso e la soluzione data in primo grado da Tar Liguria, Sez. I, 8 ottobre 2020, n. 684. – 2. La sentenza di riforma: Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102. – 3. Le indicazioni incerte del quadro giurisprudenziale. – 4. Un cenno alle “imminenti” Linee guida Anac. – 5. Conclusioni.

1. Il caso e la soluzione data in primo grado da Tar Liguria, Sez. I, 8 ottobre 2020, n. 684

Il contenzioso deciso in appello dalla sentenza del Consiglio di Stato che qui si segnala, nasce dal ricorso promosso da un operatore economico contro gli atti con cui l'I.R.C.C.S. Ospedale Policlinico San Martino di Genova affidava il servizio di gestione dell'accesso, sosta e viabilità interna al sito ospedaliero ad una società partecipata dal Comune di Genova ed in minima parte dell'Ospedale medesimo. La società ricorrente aveva gestito analogo servizio fino a poco tempo prima, e aveva partecipato ad una gara bandita dall'I.R.C.C.S., pur contestandola radicalmente in precedente giudizio. Ad un certo punto l'Ospedale acquisisce una partecipazione assai esigua nella società del Comune genovese che si occupa di analoghi servizi, revoca quindi la gara e decide di procedere con affidamento *in house* alla società “pubblica”. Ed ecco che l'operatore privato taccia siffatta condotta di violazione dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 per non avere l'Ospedale adeguatamente indagato e motivato le ragioni del mancato ricorso al mercato^[1].

Il Tar ligure, scendendo a decidere il caso con sentenza n. 684/2020, muove dalla premessa che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 100/2020, non avrebbe avallato una interpretazione della norma che richieda un confronto concorrenziale preliminare tra i due modelli di gestione del servizio, richiedendo semplicemente che l'amministrazione abbia ben presente la possibilità del ricorso al mercato e che dia una motivazione ragionevole e plausibile delle ragioni che, nel caso concreto, l'hanno indotta a scegliere il modello *in house*. Ad avviso del Tar, per affidare *in house* appare pertanto sufficiente che l'amministrazione "indichi le ragioni, che potranno essere successivamente vagliate dal giudice amministrativo, della preferenza del modello scelto rispetto al ricorso al mercato, nonché dei benefici conseguibili dalla collettività attraverso tale modello". La motivazione in ordine ad un aspetto potrebbe per giunta risolversi anche nella motivazione dell'altro "tutte le volte che i benefici per la collettività siano di per sé tali da giustificare il mancato ricorso al mercato. La motivazione ben può essere unitaria ogni qual volta le ragioni addotte da un lato giustifichino il mancato ricorso al mercato e dall'altro integrino i richiesti benefici per la collettività".

Il Collegio giudicante rileva che nella fattispecie l'Ospedale risulta completamente incluso nello sviluppo urbano della città tanto da costituire un aspetto critico per la sosta e la mobilità cittadina. La decisione amministrativa aveva motivato l'adozione del modello *in house* sulla base della "necessità di procedere alla gestione unitaria della sosta e della mobilità tra il Comune e l'ospedale che solo la suddetta società era in grado di assicurare ed agevolare in quanto società *in house* anche del Comune", evidenziando altresì "la maggiore semplicità gestionale e l'immediatezza del processo decisionale relativo al servizio interno all'Ospedale rispetto al più complesso equilibrio che si configura con un affidatario di appalto; la maggiore semplicità ed immediatezza circa iniziative da condividere con il Comune (...) in ordine a revisioni della viabilità dell'area interna ed esterna dell'Ospedale; i controlli diretti e stringenti sulla gestione del servizio anche in termini di obblighi di continua rendicontazione; (...)".

Il Tar, appagandosi di tale apparato motivazionale, condivide in definitiva l'idea che "la integrazione tra la disciplina della sosta interna all'ospedale e quella cittadina limitrofa costituisca, data l'importanza che la struttura dell'Ospedale (...) ha nel contesto genovese di cui si è dato conto, un elemento tale da giustificare il mancato ricorso al mercato".

In questo precedente si avalla dunque con chiarezza la tesi che vi possano essere situazioni in cui le verifiche istruttorie e le conseguenti esternazioni motivazionali pretese dall'art. 192, comma 2, Codice possano ben prescindere da un confronto preliminare delle condizioni di mercato.

2. La sentenza di riforma Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102

La ricorrente, sconfitta in primo grado, appella la pronuncia articolando – per quel che qui conta – due motivi di gravame. In primo luogo si lamenta del fatto che la sentenza del Tar non avrebbe tenuto conto della natura necessariamente duplice delle condizioni da accertare per ritenere legittimo l'affidamento *in house*. Non basterebbe acclarare la sussistenza di benefici per la collettività derivanti dal modello dell'autoproduzione. Occorrerebbe, prima ancora, fornire la dimostrazione del cd. "fallimento del mercato", ovvero della incapacità del mercato di offrire il servizio alle medesime condizioni – qualitative, economiche, di accessibilità, etc. – garantite dal gestore oggetto del "controllo analogo". In secondo luogo,

nel caso specifico sarebbe comunque censurabile la motivazione fornita anche solo sul piano della sussistenza di vantaggi per la collettività derivanti dall'opzione dell'affidamento *in house*.

Ebbene il Consiglio di Stato, con la sentenza della Sezione III n. 2102 del 2021, rigetta il primo profilo di doglianza, ma accoglie il secondo.

La motivazione del Giudice d'appello, in accordo con altri precedenti della medesima Sezione, premette che in effetti al carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house* si accompagna la necessità di accertare quella duplice condizione, ivi compreso dunque un sostanziale 'fallimento del mercato'. Tuttavia, ciò non significherebbe che la motivazione non possa essere unitaria. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, tanto le verifiche che attendono al fallimento del mercato, quanto quelle che pertengono ai benefici per la collettività del modulo *in house*, in sostanza si sperimenterebbero su un comune oggetto di riferimento, rappresentato dagli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche[2].

Un onere motivazionale, complesso ma unitario, che si riverbererebbe anche sul piano istruttorio, non canalizzabile in uno schema rigido e predeterminato. Sotto questo importante profilo, il Consiglio di Stato rimarca come rientri nella sfera di discrezionalità dell'Amministrazione stabilire quali siano le modalità più appropriate per cogliere i dati necessari al fine di compiere quella valutazione di preferenza per il canale concorrenziale emergente dalla norma. La qualità e congruità di questa attività istruttoria andrà poi valutata caso per caso "non potendo escludersi la possibilità (*recte*, legittimità) di un *modus procedendi* che non si traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo *in house*, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati".

Tuttavia, una volta compiuta questa importante premessa, il Consiglio di Stato – dimostrando che il concetto di appello quale *novum iudicium* è ben ancora attuale – compie una disamina della motivazione dell'atto amministrativo impugnato in primo grado condotta con un metodo che si potrebbe definire capillare e per contrappunto. La motivazione amministrativa, così ispezionata, nel caso concreto non avrebbe soddisfatto lo standard preteso, non emergendo quelle ragioni "oggettive" necessarie per controbilanciare la preferenza accordata dall'ordinamento per l'esternalizzazione. Senza qui entrare nei dettagli, il giudice di secondo grado ha avuto buon gioco nell'evidenziare che la necessità di coordinare la gestione della sosta all'interno dell'Ospedale con la regolamentazione dei flussi di traffico circostanti non poteva essere motivo attendibile, posto che la società *in house* non esercitava affatto compiti inerenti la mobilità cittadina. Analogamente, la prospettiva di poter contare su un interlocutore più prossimo al Comune per coordinare eventuali future azioni progettuali da condividere, scontava il fatto che tale esigenza trova un canale ordinario nel dovere della PA di condursi secondo il principio del buon andamento, sicché i modi per concorrere all'elaborazione di soluzioni in merito alle criticità del traffico condivise non mancano.

C'è però un punto di questa sentenza che merita ulteriore attenzione. Afferma infatti la Terza Sezione che i tipici poteri di direzione e controllo sulla società *in house*, meglio in grado di riscontrare le esigenze della PA in corso di rapporto, in quanto connaturati al modulo

organizzativo internalizzato, “non possono essere validati come specificamente idonei a giustificare, secondo lo stringente paradigma posto dall’art. 192, comma 2, d. lvo. n. 50/2016, il ricorso alla soluzione organizzativa “residuale” de qua: ciò in quanto ritenere che il richiamo ai vantaggi insiti nel modello internalizzato di produzione di un determinato servizio sia sufficiente a giustificare il ricorso a tale modalità derogatoria della generale regola della gara equivarrebbe a devitalizzare la portata della norma, e la funzione pro-concorrenziale ad essa sottesa, consentendo l’applicazione generalizzata dell’istituto in contrasto con il suo evidenziato carattere di eccezionalità”.

3. Le indicazioni incerte del quadro giurisprudenziale.

La motivazione del Consiglio di Stato sopra segnalata è degna di nota perché interviene in un contesto troppo spesso monopolizzato dalle note e coeve questioni di sospetta anticomunitarietà ed incostituzionalità dell’art. 192, comma 2, del Codice[3]. Viceversa, nel dibattito sul tema, i problemi inerenti le concrete modalità di adesione ai precetti dettati dalla disposizione del Codice sono rimasti un po' in disparte[4]. In particolare, la norma non chiarisce quale sia la concreta attività istruttoria che l’Amministrazione deve compiere ai fini della verifica di congruità dell’offerta del soggetto *in house*, anche nella prospettiva della connessa motivazione delle mancate ragioni di ricorso al mercato. La sentenza aggiunge quindi un ulteriore tassello in una direzione che già emergeva nella giurisprudenza amministrativa, propensa a ritenere che tale attività non implichi sempre e necessariamente un concreto ed apposito sondaggio degli operatori privati, le cui condizioni sarebbero poi da comparare con quelle offerte dalla società in mano pubblica[5].

Sotto questo profilo sono molto istruttive le pronunce della Quinta Sezione che nel 2020 hanno poi deciso talune vertenze che erano state sospese in attesa della decisione della Corte di giustizia. Vicende che inizialmente erano state delibate quindi nel senso di una qualche apparente carenza rispetto alla soglia di verifica istruttoria pretesa dall’art. 192, comma 2, Codice. Tornate in sede nazionale, con una certa sorpresa, il Consiglio di Stato ha concluso affermando che in realtà l’analisi compiuta dalla PA era sufficiente[6]. E in quelle vicende la PA aveva effettuato un raffronto con le condizioni economiche cui il medesimo servizio era prestato in Comuni con caratteristiche demografiche e territoriali analoghe che avevano fatto ricorso a procedure di evidenza pubblica. D’altro canto, in quelle motivazioni, la Quinta Sezione, nel ripercorrere lo stato della giurisprudenza del Consiglio di Stato, aveva notato che anche quando è stato richiesto all’amministrazione aggiudicatrice di dimostrare che ricorra una situazione di fallimento del mercato, si è ritenuto che l’onere fosse assolto mediante “un’indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della società in house con un benchmark di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società in house operanti nel territorio limitrofo”[7]. In questo atteggiamento, in effetti, non può non cogliersi la complicità fornita dalla stessa motivazione della Corte costituzionale, che in buona sostanza ha letto il precetto dell’art. 192 del Codice in linea di continuità con le previsioni già recate dall’art. 34, comma 20, d. l. n. 179 del 2012[8]. In una chiave, quindi, di rafforzamento dell’onere motivazionale, più che non nella direzione di un preciso percorso istruttorio-procedimentale che imponga sempre e senza eccezioni di procurare, di volta in volta, le precise condizioni a cui il mercato fornirebbe quel servizio[9].

Almeno in un punto, però, la segnalata motivazione della Terza Sezione sembra invece discostarsi dalla precedente prassi. La giurisprudenza ha infatti spesso finito con l'avallare l'enfasi con cui la PA esalta gli intrinseci pregi organizzativi del modulo *in house* pretendendo di inferirne che la preferenza per quel modulo, a discapito del mercato concorrenziale, si giustifica quasi da sé con i poteri di direzione del rapporto concessorio che consentirebbero un più veloce e sicuro adattamento alle necessità sopravvenute^[10]. Come evidenziato nel § precedente la motivazione in esame sembra invece dissentire. Sarebbe interessante verificare se analogo dubbio possa essere mosso rispetto ad un'altra "costante" delle motivazioni rese dalle PPAA in materia, che molto spesso fanno leva sul fatto che la società in mano pubblica, potendo prestare il servizio per più Enti pubblici attraverso lo schema del controllo congiunto, sarebbe preferibile semplicemente perché consente un espletamento del servizio in dimensione sinergica e di più vasta area, non altrimenti ottenibile con la gara bandita dalla singola Amministrazione.

4. Un cenno alle "imminenti" Linee guida Anac

Indicazioni in apparenza non in tutto adesive allo stato della giurisprudenza, provengono dalle linee Guida dell'ANAC in materia di affidamenti *in house* che, esaurita la consultazione on line al 31 marzo, dovrebbero essere di prossima adozione^[11]. Da parte dell'Autorità si nota una certa propensione a favore di un maggior irrigidimento degli aspetti procedurali ed istruttori relativi al momento della verifica delle condizioni di mercato e della verifica di congruità dell'offerta del soggetto *in house*.

Peraltro, secondo l'Autorità, lo spettro applicativo della disposizione codicistica includerebbe non solo servizi che già sono presenti sul mercato, ma pure le attività che "potrebbero esserlo a seguito di opportuni adeguamenti da parte dei soggetti erogatori". Ciò – come precisa la Relazione - implica che l'amministrazione, nel valutare la disponibilità del servizio sul mercato "dovrà indagare anche in ordine alla disponibilità di offerta da parte di eventuali esecutori al momento non in grado di offrire il servizio". In buona sostanza occorrerebbe accertare, se del caso anche attraverso consultazioni preliminari di mercato, che "i servizi da affidare siano presenti sul mercato oppure che potrebbero essere presenti a seguito di azioni organizzative da parte dei soggetti erogatori"^[12].

I parametri e criteri onde effettuare la valutazione di congruità economica dell'offerta della società *in house* sono poi dettagliati nell'art. 5 del documento.

Tale valutazione suppone "l'acquisizione di informazioni sul contesto concreto e attuale al momento dell'affidamento e, in particolare, sui servizi offerti nel medesimo ambito territoriale, sia da soggetti privati che da altri organismi *in house*, e sui prezzi medi praticati per le medesime prestazioni o per prestazioni analoghe, intendendosi per tali le prestazioni di servizi simili e comparabili rispetto a quelle oggetto dell'affidamento".

Si precisa così che "la stazione appaltante può prendere in considerazione i prezzi di riferimento elaborati dall'ANAC, i prezzi delle convenzioni Consip, gli elenchi di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari ufficiali, i prezzi medi risultanti da gare bandite per l'affidamento di servizi identici o analoghi oppure il costo del servizio determinato tenendo conto di tutti i costi necessari alla produzione (costi del personale, delle materie prime, degli

ammortamenti, costi generali imputabili per quota)”. Nondimeno, “Le informazioni utili in relazione ai prezzi di mercato o ai costi del servizio possono essere acquisite anche attraverso indagini di mercato oppure, nel caso in cui il servizio possa essere offerto soltanto previo adeguamento della struttura organizzativa del prestatore alle esigenze della stazione appaltante, attraverso la richiesta di specifici preventivi”. Di tutto ciò si dovrebbe dare riscontro nell’esternazione della motivazione^[13].

Il successivo art. 6 si occupa della valutazione dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, che più esattamente vanno declinati quali benefici conseguibili mediante l’affidamento diretto alla società in house, operando un raffronto comparativo rispetto agli obiettivi perseguibili mediante il ricorso al mercato.

E qui è da notare che la stessa Autorità riconosce il ruolo che, sul versante dell’efficacia, possono giocare “I pregnanti poteri di intervento e di controllo riconosciuti all’amministrazione controllante nei confronti della società in house, [che] consentono interventi volti ad adeguare, anche in itinere, le condizioni di esercizio alle specifiche esigenze dell’amministrazione, al fine di consentire il raggiungimento degli obiettivi prefissati”. Analogamente, anche secondo l’Autorità “L’economicità della gestione è perseguita anche attraverso la previsione di forme di gestione del servizio che consentano il raggiungimento di economie di scala, anche mediante la previsione di una gestione unitaria su vasta area che consenta l’utilizzo condiviso di risorse, giungendo ad un ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

5. Conclusioni.

La compatibilità tra la sensibilità dell’ANAC verso la concreta ed effettiva indagine sulle condizioni di mercato e l’approccio della giurisprudenza può essere facilmente trovata. Come si apprende dalla Relazione illustrativa al documento, l’ANAC giustifica il suo intervento constatando che gli atti di affidamento *in house* delle PPAA “si dilungano molto sul contesto giuridico e sulla sussistenza dei requisiti dell’articolo 5 del codice dei contratti pubblici e sono, invece, molto sintetiche nella parte dedicata alla motivazione del mancato ricorso al mercato, dove vengono frequentemente utilizzate formule di stile che denotano l’assenza di una valutazione concreta”.

Muovendo da tale premessa ed in siffatto contesto, l’Autorità ha ravvisato quindi, “la necessità di fornire indicazioni utili a rendere tali motivazioni maggiormente aderenti alle indicazioni normative”.

Pertanto, si potrebbe dire che l’ANAC si occupa dello standard di attività istruttoria preteso in via ordinaria dalla norma. Ciò non collide affatto con l’insegnamento della giurisprudenza, abilitato anche dalla motivazione qui esaminata, ove non si esclude in modo assoluto che la preferenza per il modulo *in house* possa essere accordata prescindendo dall’effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo. Si tratta infatti molto semplicemente di ammettere che vi siano situazioni particolari (ed eccezionali) in cui il percorso istruttorio si adegua alle peculiarità del caso.

Piuttosto, la vicenda processuale qui segnalata abilita ad una conclusione intuitiva.

La propensione delle Amministrazioni a giocare tutto sul piano della motivazione, a discapito di un'autentica attività di accertamento istruttorio comparativo tra mercato ed *in house*, si espone irrimediabilmente al rischio.

Il sindacato del giudice amministrativo sulla sufficienza, adeguatezza e congruità della motivazione è, per sua natura, ben poco prevedibile.

In fondo, leggendo prima di conoscere l'esito in appello la sentenza del Tar Liguria che ha deciso il caso in primo grado non la si sarebbe trovata tanto implausibile.

E però implausibile certo non è quella – di segno contrario – del Consiglio di Stato.

[1] Converrà infatti ricordare che a mente dell'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti “*Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*”.

[2] Con spiegazione felice il Consiglio di Stato nell'occasione chiarisce che i “benefici per la collettività” attesi dall'organizzazione *in house* dello stesso e le “ragioni del mancato ricorso al mercato” [sarebbero n.d.r.] le due facce di una medesima realtà, di cui colgono, rispettivamente, gli elementi “positivi” (inclinanti la valutazione dell'Amministrazione verso l'opzione gestionale di tipo inter-organico) e quelli “negativi” (sub specie di indisponibilità di quei “benefici” attraverso il ricorso al mercato)”.

[3] Sospetti fugati, rispettivamente, da Corte UE, IX Sezione, ord. 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19 e da Corte cost. 27 maggio 2020 n. 100. Sulla seconda cfr., in questa rivista, la segnalazione di M. Trimarchi, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*. Sulla pronuncia della Corte UE, cfr. C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi d'interesse economico generale*, in *giustamm.it*, n. 10/2020. Per una valutazione su entrambe le pronunce, tra i molti, cfr. S. Valaguzza, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in *federalismi.it*, 7 ottobre 2020.

[4] Per commenti dottrinali alla disposizione, cfr. G. Veltri, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss.; E. Tozzo, *Gli affidamenti diretti alle società cosiddette in house alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici e del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2017, 1079 ss.

[5] Tra le prime pronunce che affermano che l'onere imposto dall'art. 192, comma 2, Codice non può confondersi con il dovere di dar corso ad una sorta di gara virtuale, cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 22 marzo 2017, n. 694.

[6] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6459; Id., 26 ottobre 2020, n. 6460; Id., 15 dicembre 2020, n. 8028.

[7] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 6459/2020 cit. al punto 4.5.4 della motivazione riferendosi a quanto affermato da Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564.

[8] Norma che recita: “*Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio e' effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che da' conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*”.

[9] Del resto la stessa dottrina è propensa ad evidenziare una linea di continuità tra la disciplina di cui all'art. 192, comma 2, Codice e i precedenti orientamenti giurisprudenziali. Cfr. M. Lasalvia, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, EPC editore, 2017, 756 ove si afferma che “la norma pare cristallizzare un canone di congruità della giustificazione già invalso

nella giurisprudenza ed in base alla quale la decisione di un ente pubblico di avvalersi dell'*in house*, pur se ampiamente discrezionale, deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano”, sicché con la disposizione in esame “la volontà del legislatore sembra quella di introdurre un onere di motivazione rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall’amministrazione, anzitutto sul piano dell’efficienza amministrativa e del razionale impegno delle risorse pubbliche. In questo senso la *ratio legis* sembra essere analoga a quella che, in base all’art. 5 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.lgs. 19/8/2016 n. 175) onera le amministrazioni pubbliche di motivare analiticamente l’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società già costituite, con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali e che sottopone poi l’atto deliberativo in questione al vaglio della Corte dei conti e dell’Antitrust”.

[10] Per questo approccio, si leggano le motivazioni di Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444; Tar Puglia, Bari, Sez. I, 13 luglio 2017, n. 796; TRGA Trento, 21 dicembre 2020, n. 208.

[11] Cfr. il documento di consultazione relativo alla Linee Guida Anac recanti «Indicazioni in materia di affidamenti *in house* di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.» reso pubblico in data 12 febbraio 2021.

[12] Più nel dettaglio, secondo l’ANAC, il primo accertamento da effettuare consiste nella verifica della presenza sul mercato dei servizi da effettuare: “La stazione appaltante accerta che i servizi da affidare siano presenti sul mercato oppure che potrebbero essere presenti a seguito di azioni organizzative da parte dei soggetti erogatori. L’accertamento è effettuato con modalità congrue e proporzionate rispetto al valore dell’affidamento. Per affidamenti particolarmente rilevanti in termini di valore economico o di durata, la stazione appaltante può affidarsi a consultazioni preliminari di mercato oppure ricorrere all’ausilio di una struttura di supporto al RUP oppure di esperti interni o esterni”. Il documento si cura di precisare che “Le consultazioni preliminari di mercato sono svolte nel rispetto delle indicazioni fornite con le Linee guida n. 14”. Il ricorso ad esperti esterni alla stazione appaltante onde adiuvarne il RUP nell’attività “è effettuato nel rispetto delle regole di pubblicità e trasparenza, mediante il ricorso ad elenchi, laddove precostituiti, oppure con procedure di evidenza pubblica”.

[13] Ai fini di un controllo sulla correttezza dell’operazione effettuata, “la stazione appaltante esplicita nella motivazione i dati di dettaglio utilizzati e fornisce tutte le informazioni utili a rendere agevolmente comparabili le varie alternative presenti sul mercato. In particolare, con riferimento al costo del servizio offerto dalla società *in house* indica le voci di costo prese a riferimento per il calcolo dei costi indiretti, cioè delle spese funzionali alla realizzazione delle attività operative, ma non direttamente imputabili alle stesse”.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1937 – 15 settembre 2021

La disciplina “civilizzata” della rinnovazione della notificazione nulla del ricorso nel processo amministrativo (nota a Corte cost. 9 luglio 2021, n. 148)

di Alessandro Squazzoni

Sommario: 1. L'eccentrica disciplina dell'art. 44 c.p.a. e la prima correzione con la sentenza n. 132/2018 – 2. L'infelice sentenza n. 18/2014 - 3. La Corte corregge oggi la rotta con la sentenza n. 148/2021 – 4. Breve divagazione sulla razionalità di un sistema che estromette l'indagine sulla scusabilità dell'errore dalla rinnovazione sanante la nullità della notificazione - 5. Dalla Corte un altro monito per un modo diverso di guardare al processo amministrativo.

1. L'eccentrica disciplina dell'art. 44 c.p.a. e la prima correzione con la sentenza n. 132/2018

Prima che gli interventi della Corte costituzionale, e quest'ultimo finalmente, ne facessero *tabula rasa*, le disciplina che il codice del processo amministrativo dettava per l'ipotesi di nullità della notificazione del ricorso si può ben dire fosse, quantomeno, eccentrica^[1].

La costituzione dell'intimato – recitava il comma 3 dell'art. 44 c.p.a. - «*sana la nullità della notificazione del ricorso, salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione*». Poiché la formula riecheggia l'antica salvezza del diritto all'inammissibilità del ricorso per intervenuta decadenza – o altrimenti detto diritto all'irrevocabilità del provvedimento – il precetto si risolveva in una regola ai limiti del canzonatorio. Nel processo amministrativo di legittimità la decadenza impera su ogni azione. Immaginare che la PA si costituisca prima che ad

esempio scada il termine di 60 giorni che governa la notifica dell'azione d'annullamento è pura astrazione. D'altro canto se la costituzione successiva a quel termine viene premiata assicurando una tombale declaratoria di inammissibilità in rito, un avvocato minimamente avveduto, nel caso di notifica nulla del ricorso, avrebbe il più delle volte consigliato all'Amministrazione patrocinata di attendere a costituirsi il giorno dopo la scadenza di quel termine anche quando fosse stata in grado di costituirsi prima, lucrando così sull'errore del ricorrente.

Insomma, si trattava di una pretesa sanatoria *ex nunc*, che in tale materia - come ricordava Satta[2] - non è però affatto una sanatoria.

Sulla sciagurata disposizione che faceva salvezza dei diritti quesiti prima della comparizione è scesa la scure della Corte costituzionale con la sentenza n. 132/2018[3].

Quel verdetto era prevedibile. Nel processo amministrativo *ante* codice la convalida con effetto *ex tunc* per l'ipotesi di costituzione della PA intimata, ancorché con notifica nulla, era stata stabilmente affermata quantomeno a partire dalla Plenaria del 16 dicembre 1980, n. 52. D'altro canto, già con la sentenza n. 97 del 1967 la Corte costituzionale, nel giudicare dell'art. 11, comma 3, r.d. n. 1611/1933 aveva affermato che la sanatoria della nullità della notifica per effetto di costituzione (c.d. convalidazione) è un principio generale del sistema degli atti processuali, aggiungendo pure che non sarebbe stata assistita da alcun logico fondamento un'eccezione al principio motivata dal fatto che intimata è una pubblica amministrazione.

La via per dichiarare la violazione dell'art. 76 Cost. in ragione del contrasto con l'art. 156, comma 3, c.p.c. e con la giurisprudenza delle superiori giurisdizioni era lì dunque già spianata.

2. L'infelice sentenza n. 18/2014

Più faticoso ed accidentato è stato invece il percorso che ha condotto alla decisione che qui si segnala.

La sentenza n. 148/2021 si occupa infatti del diverso precetto contenuto nel comma 4° dell'art. 44 c.p.a. che disciplina l'ipotesi in cui alla nullità della notifica non faccia seguito la costituzione del destinatario.

Qui l'eccentricità della norma risiedeva nel fatto che il dovere del giudice di disporre la rinnovazione della notifica, con conseguente effetto impediente la decadenza, era subordinato alla non imputabilità al notificante del cattivo esito della prima notifica. Una condizione, fortemente limitativa dell'operatività della sanatoria, che invece non è presente nella disciplina del processo civile contenuta nell'art. 291 c.p.c.

Nel 2014 la questione di costituzionalità fu sottoposta alla Corte dal Tar Lecce nell'ottica, forse un po' limitata, del contrasto con l'obbligo di coordinamento con precetti del codice di procedura civile espressione di principi generali, obbligo stabilito dalla legge delega per il riordino del processo amministrativo.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 18/2014, liquidò la questione come infondata[4].

La regola prevista dall'art. 291, comma 1, c.p.c., - si disse nell'occasione - non solo non sarebbe l'espressione di un principio generale, ma addirittura sarebbe incompatibile con la struttura del processo amministrativo. Incompatibilità che dipenderebbe dall'essere tale giudizio caratterizzato dalla perentorietà del breve termine per la sua introduzione, oltre che dall'assenza dell'istituto della contumacia. In detto giudizio, pertanto, vigerebbe un opposto principio per cui, ai fini della regolare instaurazione del rapporto processuale, il ricorso dovrebbe entro il prescritto termine di decadenza essere notificato ritualmente.

Una motivazione davvero infelice.

Basti pensare che nell'ordinamento processuale civile italiano sin dall'origine (e vale a dire nel combinato tra gli art. 145 e 190 del c.p.c. del 1865) la disciplina della rinnovazione che tragga causa dalla nullità della notificazione dell'atto introduttivo fu prevista prevalentemente proprio allo scopo di assicurare il c.d. effetto conservativo sul piano della decadenza e del termine perentorio ed oggi (con l'art. 291 c.p.c.) ha pressoché esclusivamente questo scopo. Aggiungasi che la disciplina della rinnovazione che tragga causa dalla nullità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, sin dalla sua origine come pure oggi, non è affatto in funzione del procedimento contumaciale.

Per avere una prova plastica di tali affermazioni sarebbe stato sufficiente ricordare che l'art. 291 c.p.c. si rende applicabile anche al procedimento per cassazione, che è impugnazione soggetta termine perentorio e che non conosce l'istituto della contumacia[5]. E analoghe considerazioni potrebbero farsi osservando che il precetto del processo civile è stato ritenuto applicabile anche al giudizio tributario[6].

Tutt'al più nel 2014 la Corte - se proprio si voleva arrivare a tutti i costi a quella soluzione - avrebbe semmai dovuto ricordare che l'elemento dell'imputabilità del vizio alla parte era nella mente di Pisanelli a motivo dell'introduzione della disciplina della rinnovazione della notifica nulla, onde evitare che sulla parte ricadessero le conseguenze fatali di errori imputabili all'uscire. E sebbene tale elemento sia stato bandito dall'interpretazione e applicazione delle norme processualciviltistiche di riferimento già nella pratica del codice del 1865 persino Chiovenda vi rimaneva affezionato[7].

Questo per dire che la natura di "principio generale" del processo della regola che vuole la rinnovazione della notifica nulla insensibile all'imputabilità del vizio (ovvero all'autoresponsabilità) - sebbene a torto - poteva forse anche essere indubbiata con una qualche raffinatezza di argomenti.

Ma non certo accampano presunte incompatibilità strutturali tra il processo amministrativo e l'art. 291 c.p.c. e meno che meno facendo leva sul termine decadenziale che domina nel primo.

Piuttosto occorre con onestà ammettere che le forti resistenze opposte dalla giurisprudenza amministrativa alla regola della rinnovazione processualciviltistica avevano ben altre radici.

Si trattava, infatti, di un altro di quei casi in cui la teorica dell'errore scusabile non è stata affatto utilizzata per lenire il rigore dei termini perentori, quanto per disconoscere

L'operatività di meccanismi, originati dal processo civile, basati sull'efficacia impediante di un atto viziato ma tempestivo. Il tutto nel riflesso di una concezione graziosa (o principesca) della giurisdizione amministrativa, che fa tutt'uno con la consapevolezza, nemmeno tanto latente, che la declaratoria in rito di un ricorso è il miglior modo per assicurare l'inoppugnabilità del provvedimento, di modo che la sanatoria automatica degli errori processuali (che non sia cioè somministrata o meno a piacimento del giudice) andrebbe quanto più possibile bandita.

3. La Corte corregge oggi la rotta con la sentenza n. 148/2021

Fortunatamente la Corte è tornata sui suoi passi con la sentenza che in questa sede di segnala[8]. E ciò, va detto, soprattutto grazie al coraggio non scontato di un'ordinanza di rimessione della V Sezione del Consiglio di Stato che a pochi anni dalla pronuncia lapidaria del 2014 ha riproposto la questione di costituzionalità con un variegato ventaglio di argomentazioni.

Argomenti che in buona sostanza fanno capo a due gruppi. Dapprima, riprendendo anche le critiche prospettate dalla dottrina a carico della sentenza n. 18/2014, la V Sezione ha cercato di indurre la Corte ad un ripensamento e quindi a dichiarare la violazione dell'art. 76 Cost. sulla base della natura di principio generale del processo riconosciuta – in tesi – alla disciplina dell'art. 291 c.p.c. In via ulteriore la V Sezione ha prospettato la violazione degli artt. 3, 24 e 113 Cost. sotto il profilo della compressione ingiustificata e sproporzionata del diritto di azione, insita nella condizione apposta dal 4° comma dell'art. 44 c.p.a., e cioè nel far dipendere la rinnovazione dalla non imputabilità del vizio. In particolare secondo il Consiglio di Stato, la garanzia del diritto di azione di cui agli artt. 24 e 113 Cost. “implica la necessità di favorire la pronuncia di merito, scopo ultimo del processo, senza assecondare decisioni di rito che non siano in un rapporto ragionevole di proporzionalità con lo scopo perseguito”.

Ebbene per ragioni del tutto intuibili nella motivazione la Corte costituzionale ha respinto la prima prospettiva, affermando che non vi erano ragioni per discostarsi dalla decisione del 2014[9], ma ha invece fatto propria la seconda.

Pertanto l'inciso che subordina la rinnovazione della notifica nulla ad una valutazione dell'imputabilità del vizio al notificante è stato rimosso dal comma 4 dell'art. 44 c.p.a. che così, di fatto, si è allineato all'art. 291 c.p.c.

Ora qui in effetti non conta tanto chiedersi se sia davvero possibile addivenire ad una dichiarazione di incostituzionalità della previsione in questione basata sulla sua irragionevolezza senza al contempo implicitamente ammettere che l'art. 291 c.p.c. è a sua volta espressione di un principio generale del processo[10].

E' molto più interessante segnalare che incanalandosi per quella via alternativa, la Corte ha finito necessariamente con l'esprimere alcune affermazioni assai più ricche di risvolti sistematici, ma al contempo tangendo questioni molto più delicate.

Secondo la Corte, infatti, l'esigenza di certezza presidiata dalla norma sulla decadenza[11] risulterebbe travalicata dal precetto che “fa discendere da un vizio esterno

all'atto di esercizio dell'azione stessa la definitiva impossibilità di far valere nel giudizio la situazione sostanziale sottostante. L'effetto di impedimento della decadenza va, in definitiva, ricollegato all'esercizio dell'azione entro il termine perentorio, ma non può essere escluso dalla nullità della notificazione, non integrando quest'ultima un elemento costitutivo dell'atto che ne forma oggetto, bensì assolvendo ad una funzione, strumentale e servente, di conoscenza legale e di instaurazione del contraddittorio". Sulla base di questo argomento la Corte conclude quindi nel senso che "la limitazione, posta dall'art. 44, comma 4, cod. proc. amm., della rinnovazione della notificazione del ricorso alle sole ipotesi in cui la nullità non sia imputabile al notificante non risulta proporzionata agli effetti che ne derivano, tanto più che essa non è posta a presidio di alcuno specifico interesse che non sia già tutelato dalla previsione del termine di decadenza".

In verità in questo motivare la Corte riecheggia una tesi, assai diffusa anche in dottrina, e propensa a spiegare il peculiare trattamento della nullità *ex* art. 291 c.p.c. facendo leva sulla natura meramente strumentale del procedimento notificatorio, i cui vizi non debbono pregiudicare la piena validità dell'atto introduttivo^[12]. In parole povere – si pensa – il vero atto impediente di esercizio dell'azione è la domanda al giudice e non anche la notificazione, preordinata solo a darne notizia^[13].

Si tratta tuttavia di una tesi, certo condivisibile, ma che evoca un profilo molto (o troppo) scivoloso che – tra l'altro - indurrebbe ad affrontare il tema del ruolo della ricettività dell'atto differenziandolo tra decadenza e prescrizione^[14].

In verità la conclusione della Corte può forse essere corroborata anche da argomenti di più facile accesso.

4. Breve divagazione sulla razionalità di un sistema che estromette l'indagine sulla scusabilità dell'errore dalla rinnovazione sanante la nullità della notificazione

Il primo di questi argomenti è il più semplice e al tempo stesso forse il più convincente.

Come la storia del processo civile ci insegna, un sistema che nel campo della nullità della notificazione riconosca un differente spettro di applicazione dell'effetto sanante, rispettivamente, alla convalidazione per costituzione ed alla dinamica della rinnovazione è irrazionale perché si presta ad indesiderabili distorsioni. In altre parole il costante parallelismo nella capacità sanante della convalidazione e della rinnovazione, tipico della disciplina del processo civile, ha una sua intima razionalità di fondo che risiede anche nell'esigenza di sottrarre i meccanismi di recupero del vizio ad un uso claudicante a seconda delle strategie del convenuto, per affidarli piuttosto a dati oggettivi.

Il legislatore del c.p.a. era addirittura riuscito nell'inaudito esito di consentire alla rinnovazione (nel caso di errore scusabile) un effetto sanante più ampio di quello riservato alla costituzione (che non avrebbe vinto i diritti anteriormente quesiti).

Risolta la cosa dalla sentenza n. 132/2018, da lì in avanti il disallineamento giocava nel senso di uno spettro di sanatoria più ampio riservato alla convalidazione per costituzione (ove la

sanatoria opera anche se il vizio è imputabile al notificante) rispetto alla disciplina della rinnovazione.

Anche una disciplina siffatta – sebbene parzialmente corretta - rendeva però il convenuto arbitro delle sorti del processo consentendogli un calcolo opportunistico dei vantaggi che possono derivare dalla nullità. Pur nei casi in cui non vi è affatto ignoranza del processo da parte dell'intimato - e nelle più comuni nullità della notificazione di pratica ricorrenza nel rito amministrativo tale ignoranza non c'è -[15], di fronte ad un vizio di notifica evidente la PA sarebbe stata indotta ad evitare di costituirsi potendo tranquillamente confidare nella chiusura in rito del processo, a fortiori se le ragioni di merito siano tutte a vantaggio del ricorrente.

In effetti sarebbe forse sufficiente denunciare tale profilo per concludere nel senso dell'irrazionalità ingiustificabile di siffatta regolamentazione processuale, irrazionalità alla quale la Corte ha posto finalmente rimedio.

Volendosi poi addentrare su un terreno un poco più denso, è noto che le spiegazioni sulle ragioni di esonero della rinnovazione della notificazione nulla civile da valutazione legate all'imputabilità del vizio non sono mancate.

E a giudizio di chi scrive la più convincente prende ancora le mosse da uno spunto a suo tempo offerto da Ludovico Mortara che non si appagò di osservare – come pure avrebbe potuto - che nella disciplina positiva del codice del 1865 la distinzione basata sulla responsabilità della parte piuttosto che dell'usciera “era inventata di sana pianta”[16].

Volendo andare alla ricerca della ragione del peculiare trattamento salvifico riservato ai vizi della sola notificazione rispetto alla più severa sanzione dei vizi recati dalla citazione (*id est* compilazione del libello) Mortara in verità osservava che, se riguardato dal punto di vista processuale e dell'instaurazione del contraddittorio il vizio di notificazione (e non quello di citazione) avrebbe dovuto ricevere il trattamento più severo. Ma la prospettiva poteva razionalmente capovolgersi se il punto di vista eletto fosse invece stato quello di taluni altri effetti collegati alla proposizione della domanda, com'è appunto per l'impedimento della decadenza, il che accadeva proprio in grazia dell'allora art. 145 c.p.c. (ora 291 c.p.c.).

Le regole previste per la notificazione erano (e tuttora sono) infatti preordinate a fornire una presunzione che l'intimato venga a conoscenza dell'atto. Il vizio, risolvendosi in niente altro che in una diminuzione dell'idoneità della notificazione a fornire detta presunzione (e molto spesso contro la realtà stessa) poteva con buona ragione meritare un trattamento tale che dalla nullità non sortisca la perdita del diritto.

In altre parole la ragione che induce a far sì che il diritto minacciato dall'estinzione non sia irreparabilmente perso se la notificazione è nulla risiede in una sorta di retropensiero del legislatore. Ben vero che la conoscenza legale si ha solo rispettando la fattispecie astratta. Ma non è meno vero che la realtà molto spesso è contraria alla logica di questa presunzione nel preciso senso che la notifica effettuata difformemente può avere non minori probabilità di far giungere l'atto a conoscenza del destinatario.

Così inquadrati i tratti della questione, ben si comprende perché non abbia ragioni di spazio una distinzione fondata sull'imputabilità del vizio.

Del resto, volendo ricorrere a più moderne teorizzazioni è da notare che la notificazione affetta da nullità si differenzia all'inesistenza proprio perchè è comunque una manifestazione obiettiva di volontà dell'agente orientata allo scopo tipico della notificazione, dovendosi peraltro concepire la nullità – sul piano generale - non tanto come una sanzione che frustra l'aspirazione di chi agisce impropriamente, bensì come meccanismo di recupero oggettivo, nel senso della rilevanza processuale, dell'attività compiuta con mezzi inadeguati^[17]. E anche da questo punto di vista ben si comprende che l'imputabilità o meno della nullità non dovrebbe avere alcun ruolo^[18].

5. Dalla Corte un altro monito per un modo diverso di guardare al processo amministrativo

L'importanza della sentenza n. 148/2021 va però ben al di là della pur relevantissima questione della rinnovazione della notificazione viziata.

Chi legga questa sentenza con la mente rivolta alla famosissima sentenza n. 77/2007 sulla c.d. *translatio iudicii* non tarderà a scorgervi un evidente filo conduttore.

Un filo che in realtà si richiama al principio di conservazione dell'effetto impediente ed al “terribile” problema dei nessi tra c.d. impedimento della decadenza e azione esitante in rito.

Ovviamente non è questa la sede per tornare su un tema non ancora esplorato quanto meriterebbe^[19].

Ci si può tuttavia almeno lasciare con una conclusione indotta da un approccio istintivo.

I giudici amministrativi – ma in verità non solo loro - sono abituati a pensare che vi sia un legame diretto tra azione dominata dalla decadenza e “regolamentazione” dell'inammissibilità (in senso ampio) del ricorso. Quasi che l'irreparabilità della violazione della regola processuale sia la connaturata e più logica conseguenza del fatto che il legislatore ha voluto assoggettare il potere di azione all'imperio della decadenza. Detto in parole più rozze molto spesso si è indotti a ritenere che le stesse esigenze di certezza presidiate dalla decadenza non decampino nel corso del processo tempestivamente instaurato e siano le medesime che impongono un trattamento severo degli errori processuali tendenzialmente immune da meccanismi sananti.

Ebbene la Corte costituzionale ci dice che le cose non stanno affatto così.

L'aspetto più interessante della sentenza n. 148/2021 risiede infatti nel dirci che la decadenza (e le esigenze che la fondano) è preordinata a fornire esclusivamente la risposta del sistema a colui che rimanendo inerte non abbia esercitato l'azione nel termine, mentre è vanamente interrogata quando si è esercitata per tempo un'azione ancorché poi non già idonea ad esitare in una sentenza di merito. A fronte di questa seconda e ben diversa situazione, stando alle parole della Corte, quelle esigenze sembrano debbano sparire dalla scena, che è destinata ad essere occupata ed orientata allora da altri valori di rango costituzionale cui la disciplina del processo deve necessariamente adattarsi.

E questi valori – sempre stando alle parole della Corte – rimontano in buona sostanza a due ordini di considerazioni.

Il processo deve tendere per quanto più possibile ad una sentenza che affronti il merito.

L'esigenza di preservare gli effetti sostanziali della domanda non può essere sacrificata in modo irragionevole e sproporzionato.

Ora per rendersi conto della portata potenzialmente rivoluzionaria dell'impatto di questa sentenza sul processo amministrativo, basterebbe attenersi ad una constatazione.

La Corte – di fatto - ci dice che in presenza di un'azione minacciata da decadenza una disciplina che non consenta la sanatoria della nullità della notifica determina un sacrificio irragionevole e sproporzionato della situazione soggettiva azionata.

Ebbene, il fatto che storicamente le più importanti manifestazioni dell'effetto conservativo della domanda si siano materializzate proprio nei due campi dell'errore nell'*imploratio iudicis* e della notifica viziata, non può certo indurci solo ad un senso di beatitudine pensando che prima con la sentenza n. 77/2007, e oggi con la sentenza n. 148/2021, la Corte costituzionale ha finalmente chiuso il cerchio, restituendo al processo amministrativo un'eleganza troppo a lungo negata.

Una volta tirato in ballo il giudice delle leggi queste sue affermazioni cessano infatti di essere così anodine perché obbligano l'interprete che le voglia prendere sul serio ad andare oltre. Ad ispezionare, cioè, la gran messe di figure di inammissibilità/improcedibilità e comunque declaratorie in rito presenti nel processo amministrativo, molte delle quali, per giunta, di matrice squisitamente giurisprudenziale, per chiedersi appunto se superino quel test di ragionevolezza e proporzionalità.

Ora il fatto che questo test non sia stato superato da una norma che limitava la possibilità di rinnovare la notifica argomentando dal fatto che “L'effetto di impedimento della decadenza va, in definitiva, ricollegato all'esercizio dell'azione entro il termine perentorio” rende il senso, per chi lo voglia cogliere, di una possibile rivoluzione alle porte.

[1] Per un commento ragionato all'originaria disciplina dei commi 3 e 4 dell'art. 44 c.p.a., cfr. R. Villata – L. Bertonazzi, *Commento sub art. 44*, in A. Quaranta – V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano 2011, 445 ss.

[2] S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959-1962, II, 1, 34: “una sanatoria *ex nunc* non è affatto una sanatoria, ma anzi presuppone la nullità”.

[3] Su questa sentenza, cfr. F. G. Scoca, *Processo amministrativo e principio del raggiungimento dello scopo*, in *Giur. cost.*, 2018, 1395; M. A. Sandulli – F. Aperio Bella, *Nullità della notifica e costituzione sanante*, in *Libro dell'anno del diritto 2019*, Treccani, pp. 652-659; I. Rossetti, *L'inizio di una reductio ad unitatem? cadono i diritti acquisiti prima della comparizione dell'intimato nell'ipotesi di nullità della notificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 930.

[4] Per un commento alla sentenza n. 18/2014 ci si permette di rinviare a A. Squazzoni, *Sulla supposta incompatibilità tra struttura del processo amministrativo e obbligo di disporre la rinnovazione della notificazione del ricorso affetta da nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1301 ss., ove si è cercato di ricostruire il tema anche in dimensione storica.

[5] Cass., Sez. I, ord. 5 aprile 2019, n. 9693; Cass., sez. V, 27 settembre 2011, n. 19702; Cass., sez. III, 27 aprile 2011, n. 9411; Cass., sez. un., ord. 29 aprile 2008, n. 10817; Cass., sez. un., 29 ottobre 2007, n. 22642.

[6] Cass., sez. VI, ord. 6 giugno 2014, n. 12855; Cass., sez. V, 28 luglio 2011, n. 16572; Cass., sez. V, 2 agosto 2000, n. 10136. In dottrina, A. Finocchiaro – M. Finocchiaro, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, Milano, 1996, 481 ss. in part. 483; A. M. Soggi – P. Sandulli, *Manuale del nuovo processo tributario*, Bologna, 1997, 134; M. Bruzzone, *Notificazioni e comunicazioni degli atti tributari*, Padova, 2006, 225 ss.

[7] G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 648.

[8] Per un approfondito commento della sentenza n. 148/2021, cfr. già C. Delle Donne, *L'incostituzionalità dell'art 44, c. 4 cpa nella parte in cui subordina la rinnovazione della notifica nulla, in assenza di costituzione del destinatario, all'errore scusabile: arretra la remissione in termini e avanza la rinnovazione ex art. 291, c. 1 cpc*, in *Judicium.it*.

[9] Parla di sbrigativa conferma di un “precedente imbarazzante” di cui però nella sostanza non rimarrebbe più nulla, C. Delle Donne, *op. cit.*

[10] Questo profilo è trattato in C. Delle Donne, *op. cit.*, che giustamente rileva come la tecnica dell'art. 291 c.p.c. alla fine si sia imposta perché risponde ad un principio generale.

[11] Sulla funzione della decadenza nel processo amministrativo, non vi è che da rinviare a A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012.

[12] In arg. B. Ciaccia Cavallari, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981, 342 ss.; A. Frassinetti, *La notificazione nel processo civile*, Milano, 2012, 189-190.

[13] Secondo cioè una logica di fondo già propria di F. Carnelutti, *Notificazione della citazione di appello da parte di ufficiale giudiziario incompetente*, in *Riv. dir. proc.*, 1934, II, 114-115, ove la *ratio* dell'art. 145 cpv. c.p.c. del 1865 veniva fondata sul fatto che la parte ha manifestato la volontà di proporre una domanda al giudice, e poiché la decadenza (come pure la prescrizione) vuol colpire l'inerzia della parte la legge dà modo di evitarla quando una vera inerzia non vi è stata.

[14] Per non parlare poi del fatto che la questione si intreccia con la risalente tematica delle note di struttura del processo amministrativo “da ricorso”, con tutta la connessa problematica del ruolo rivestito in siffatto modello dalla *vocatio iudicis*. Su tale tradizionale tematica, cfr. le recenti riflessioni di M. Ramajoli, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1051 ss.

[15] Basti pensare al frequente caso della notifica diretta alla sede reale delle amministrazioni statali anziché all'avvocatura, per non parlare delle più recenti vicende legate al domicilio pec delle PPAA.

[16] L. Mortara, (già in) *Appello civile* (voce), *Digesto italiano*, Torino, 1890, III, 2, nn. 1190 e ss., pp. 854 ss. Il tema è poi ripreso dallo stesso Mortara in *Commentario del Codice e delle leggi di procedura Civile*, Milano, s.d., vol. II, 817 ss. e vol. III, 267 ss.

[17] In arg. F. Auletta, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 129 ss.

[18] Diligenza della parte che invece torna ovviamente a reclamare il suo giusto ruolo nei casi in cui il rimedio alla condotta erronea non possa che essere riscontrato dalla tecnica dell'errore scusabile, come avviene nel caso di notifica oggettivamente e materialmente tardiva o addirittura inesistente.

[19] Per un tentativo di avviarlo ad indagine, A. Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, Milano, 2013.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1492 - 13 gennaio 2021

Sull'uso *off-label* dell'idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19 (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, ord.za 11 dicembre 2020, n. 7097)

di Giordana Strazza

Sommario: 1. Premessa - 2. L'uso *off-label* dei farmaci- 3. Le novità sulla sperimentazione dei medicinali introdotte per l'emergenza COVID-19 - 4. L'uso *off-label* dell'idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19; 5. L'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato; 6. Osservazioni a prima lettura - 7. Conclusioni.

1. Premessa

La pandemia, dovuta alla progressiva diffusione del COVID-19^[1], ha posto la comunità scientifica di fronte all'esigenza impellente di individuare terapie farmacologiche sperimentali, per tentare di arginare le conseguenze (non solo sanitarie) causate dal nuovo virus.

Nelle more del vaccino contro il COVID-19^[2], infatti, la sperimentazione di farmaci^[3] già in commercio per il trattamento di altre malattie ha ricoperto (almeno in potenza) un ruolo-chiave per limitare gli effetti del virus.

Le incertezze scientifiche sull'utilizzo sperimentale di terapie farmacologiche – in particolare, dell'idrossiclorochina^[4] – per il trattamento del COVID-19 hanno avuto, però, rilevanti ripercussioni anche sul piano giuridico.

La parabola sull'uso dell'idrossiclorochina per i pazienti con COVID-19 ha innescato, infatti, un “braccio di ferro” tra l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA)^[5] e il Consiglio di Stato, al punto tale da riportare *in auge* il tema “classico” del sindacato sulla discrezionalità tecnica.

L'AIFA – che fa parte del sistema normativo europeo per i medicinali, costruito sul modello a rete, che coinvolge le autorità di regolazione nazionali dello Spazio economico europeo, l'Agenzia europea per i medicinali (EMA) e la Commissione europea – svolge, infatti, un ruolo centrale in termini di farmacovigilanza, di sperimentazione e di ricerca medicinale, oltre che di informazione pubblica^[6], sulla base dei dati forniti dalla scienza di settore.

2. L'uso *off-label* dei farmaci

Come evidenziato, per contrastare la pandemia dovuta al COVID-19, sono state riposte grandi speranze sull'uso *off-label* di alcuni medicinali, ossia sull'impiego nella pratica clinica di farmaci già registrati, ma utilizzati in maniera non conforme (per patologia, popolazione o posologia)^[7] da quanto previsto dall'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC)^[8].

Il ricorso ai farmaci *off-label* riguarda, dunque, molecole ampiamente note che, però, sulla base di nuove evidenze scientifiche, possono essere usate, in modo razionale, anche in situazioni cliniche non previste nella scheda tecnica e nel foglietto illustrativo.

L'esigenza è, quindi, quella di bilanciare le opportunità di cura e i progressi nella conoscenza e nella terapia di alcune patologie offerti dalle prescrizioni “fuori indicazione” (artt. 9 e 33 Cost.) e la necessità di preservare i pazienti da rischi per la loro salute (art. 32 Cost.).

In Italia, l'impiego di farmaci “fuori dal bugiardino”^[9] è sottoposto a una disciplina piuttosto articolata e disorganica.

Nel nostro ordinamento, nel tentativo di realizzare il bilanciamento di interessi sopra accennato, il d.l. 21 ottobre 1996, n. 536 (recante “Misure per il contenimento della spesa farmaceutica e la rideterminazione del tetto di spesa per l'anno 1996”), convertito nella legge 23 dicembre 1996, n. 648, ha ammesso, a certe condizioni, la possibilità di prescrivere e di utilizzare farmaci al di fuori delle indicazioni terapeutiche approvate^[10].

L'art. 1, comma 4, della legge appena citata ha stabilito, infatti, che – in assenza di valida alternativa terapeutica^[11] – sono erogabili a totale carico del Sistema sanitario nazionale (SSN), i medicinali innovativi la cui commercializzazione è autorizzata in altri Stati, ma non sul territorio nazionale (*un-licensed use*); quelli non ancora autorizzati, ma sottoposti a sperimentazione clinica (*compassionate use*); quelli da impiegare per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata (*off-label use*), purché inseriti in un apposito elenco predisposto e periodicamente aggiornato dalla Commissione tecnico-scientifica dell'AIFA, in conformità alle procedure e ai criteri a suo tempo adottati dalla Commissione unica del farmaco (CUF)^[12].

Secondo tale disciplina, dunque, il medico che prescrive un farmaco inserito nella c.d. lista 648 deve rispettare le condizioni ivi indicate, con dichiarazione di assunzione di responsabilità del trattamento, previa acquisizione del consenso informato dal paziente.

L'*excursus* normativo sulle prescrizioni *off label* include anche l'art. 3 del decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23, convertito dalla legge 8 aprile 1998, n. 94 (“legge Di Bella”)^[13] ai sensi del quale, di regola, nel prescrivere un farmaco, il medico deve attenersi “alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall'autorizzazione all'immissione in commercio” riferibile allo stesso medicinale.

L'art. 3, comma 2, della stessa legge ha individuato, però, un'eccezione a tale regola generale, circoscritta nei seguenti termini: “in singoli casi il medico può, sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, impiegare il medicinale prodotto industrialmente per un'indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata, ovvero riconosciuta agli effetti dell'applicazione dell'art. 1, comma 4, del D.L. 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla Legge 23 dicembre 1996, n. 648, qualora il medico stesso ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quell'indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale”^[14].

Ad ogni modo, l'art. 3 comma 4, della legge appena citata ha precisato che tale possibilità non costituisce riconoscimento del diritto del paziente all'erogazione dei medicinali a carico del SSN, al di fuori dell'ipotesi disciplinata dall'art. 1, comma 4, della l. n. 648/1996^[15].

A ciò si aggiunga che il d.m. 8 maggio 2003, sull' “Uso terapeutico di medicinali in sperimentazione clinica”, ha regolamentato il c.d. “uso compassionevole” dei farmaci, per consentire (entro determinati limiti) l'accesso a terapie farmacologiche sperimentali ai pazienti privi di alternative terapeutiche, con oneri a carico delle imprese produttrici.

Il decreto sopra indicato ha previsto, infatti, che un medicinale sottoposto a sperimentazione clinica in Italia o all'estero possa essere richiesto all'impresa produttrice per l'uso al di fuori della sperimentazione clinica “qualora non esista valida alternativa terapeutica al trattamento di patologie gravi o di malattie rare o di condizioni di malattia che pongono il paziente in pericolo di vita”.

Secondo tale d.m, l'autorizzazione all'uso è rilasciata solo alle condizioni seguenti: il medicinale sia oggetto, per la medesima indicazione terapeutica, di studi clinici, in corso o conclusi, di fase terza^[16] o, in caso di condizioni di malattia che pongono il paziente in pericolo di vita, di fase seconda, già conclusi; i dati disponibili sulle sperimentazioni siano sufficienti per formulare un favorevole giudizio sull'efficacia e sulla tollerabilità del medicinale (ferma l'approvazione del protocollo terapeutico da parte del Comitato Etico nel cui ambito ha avuto origine la richiesta e la notifica al Ministero della salute, i cui uffici possono formulare un eventuale giudizio sospensivo della procedura o dell'uso).

Nella realtà ospedaliera, però, l'utilizzo dei farmaci fuori indicazione spesso non era relegato al rango dell'eccezionalità, ma assumeva la portata di una vera e propria “prassi quotidiana”^[17].

Per ovviare a tale impiego improprio dell'*off-label* è intervenuto l'art. 1, comma 796, lett. z), delle legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. legge Finanziaria del 2007).

Tale norma ha disposto, infatti, che la fattispecie prevista dall'art. 3, comma 2, della c.d. legge Di Bella “non sia applicabile al ricorso a terapie farmacologiche a carico del SSN, che, nell'ambito dei presidi ospedalieri o di altre strutture e interventi sanitari, assuma carattere diffuso e sistematico e si configuri, al di fuori delle condizioni di autorizzazione all'immissione in commercio, quale alternativa terapeutica rivolta a pazienti portatori di

patologie per le quali risultino autorizzati farmaci recanti specifica indicazione al trattamento”.

La *ratio* di tale disposizione consiste, infatti, nel prevenire l'abuso di farmaci impiegati *off-label*, così da evitare l'utilizzo indiscriminato di medicinali senza adeguata verifica di indicazioni terapeutiche da parte delle Agenzie regolatorie.

A distanza di un anno, l'art. 2, comma 348, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. legge Finanziaria 2008) ha previsto, inoltre, che ogni somministrazione *off-label* da parte del medico curante richiede “almeno dati favorevoli di sperimentazione clinica di fase seconda”, “introducendo così un elemento di oggettività riconoscibile secondo criteri scientifici certi e riconosciuti”^[18].

Il successivo comma 349 ha soggiunto anche che, ai fini delle decisioni sui farmaci *off-label*, la Commissione tecnico-scientifica dell'AIFA valuta, “oltre i profili di sicurezza, la presumibile efficacia del medicinale, sulla base dei dati disponibili delle sperimentazioni cliniche già concluse, almeno di fase seconda”.

Il 2 dicembre 2017 è poi entrato in vigore il nuovo decreto ministeriale sulla “Disciplina l'uso terapeutico di un medicinale sottoposto a sperimentazione clinica”, che ha abrogato il citato d.m. 8 maggio 2003, sugli usi compassionevoli, e ha previsto nuove norme al riguardo, in conformità dell'art. 158, co. 10, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219^[19] (“Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE”).

3. Le novità sulla sperimentazione dei medicinali introdotte per l'emergenza COVID-19

Per l'esigenza di fronteggiare l'emergenza sanitaria dovuta al SARS-CoV-2, l'art. 17 (“Disposizioni urgenti materia di sperimentazione dei medicinali e dispositivi medici per l'emergenza epidemiologica da Covid-19”) del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (“Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19”), come convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27, ha introdotto delle novità sulla sperimentazione dei farmaci per pazienti che hanno contratto il nuovo virus^[20].

Tale norma ha stabilito, infatti, che “Limitatamente al periodo dello stato di emergenza, [...] ferme restando le disposizioni vigenti in materia di sperimentazione clinica dei medicinali e dei dispositivi medici, al fine di migliorare la capacità di coordinamento e di analisi delle evidenze scientifiche disponibili, è affidata ad Aifa, la possibilità di accedere a tutti i dati degli studi sperimentali e degli usi compassionevoli”.

Al contempo, la disciplina emergenziale, ha istituito un Comitato etico unico centrale, a livello nazionale, in capo a quello già afferente Istituto nazionale per le malattie infettive Lazzaro Spallanzani (IRCCS), per valutare le sperimentazioni farmaceutiche intraprese nelle aziende ospedaliere italiane e instaurare un dialogo con l'Agenzia italiana del farmaco.

Nell'ambito dell'emergenza epidemiologica, dunque, sono state apportate delle deroghe (temporanee) a quanto previsto dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 200 (recante “Principi e linee

guida dettagliate per la buona pratica clinica relativa ai medicinali in fase di sperimentazione a uso umano, nonché requisiti per l'autorizzazione alla fabbricazione o importazione di tali medicinali^[21], finalizzate a una semplificazione e centralizzazione della procedura, e all'AIFA è stato affidato un ruolo-chiave nel controllo (preventivo)^[22] sulle sperimentazioni cliniche sui medicinali per pazienti con COVID-19^[23].

L'Autorità ha tentato, quindi, di far fronte all'emergenza sanitaria con procedure straordinarie e semplificate per la presentazione e l'approvazione delle sperimentazioni e per la definizione delle modalità di adesione agli studi e di acquisizione dei dati^[24].

Al contempo, l'Agenzia italiana del farmaco ha costituito un'apposita unità di crisi, impegnata – tra l'altro – sui farmaci in uso "*off label*"^[25].

4. L'uso *off-label* dell'idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19

In un primo momento, con nota del 17 marzo 2020, l'AIFA ha comunicato che la sua Commissione Tecnico Scientifica aveva espresso parere favorevole in merito, tra l'altro, all'inserimento a carico del SSN (in deroga alla l. n. 648/1996^[26]) dell'uso *off-label* dell'idrossiclorochina per il trattamento dell'infezione da SARS-CoV-2^[27].

Due settimane dopo, l'Agenzia ha pubblicato una nota informativa, in cui sono indicate le informazioni di sicurezza e le principali interazione farmacologiche dell'idrossiclorochina^[28].

In quell'occasione, l'AIFA ha evidenziato la comparsa di casi di cardiotoxicità e ha raccomandato, prima della prescrizione, di prestare attenzione, con particolare riferimento ai soggetti con disturbi della conduzione cardiaca, con favismo o in presenza di altre terapie concomitanti.

Nello stesso giorno, l'Agenzia europea per i medicinali ha comunicato che “al momento e sulla base dei dati preliminari presentati” “nessun farmaco ha ancora dimostrato la sua efficacia nel trattamento del COVID-19” e ha soggiunto che tra i potenziali trattamenti per il COVID-19, sottoposti a sperimentazione clinica per valutare la sicurezza ed efficacia contro la malattia, era incluso l'utilizzo dell'idrossiclorochina^[29].

Pochi giorni dopo, l'Agenzia europea ha sottolineato che la cloroquina e l'idrossiclorochina devono essere utilizzati solo negli studi clinici o nei programmi di utilizzo in emergenza per il trattamento del COVID-19^[30]. Si legge, infatti, che i due medicinali “sono oggetto di studio in tutto il mondo in quanto potenzialmente in grado di curare la malattia da coronavirus (COVID-19). Tuttavia, l'efficacia nel trattamento del COVID19 non è ancora stata dimostrata negli studi”. Per di più, entrambi i medicinali “possono avere effetti indesiderati gravi, soprattutto a dosi elevate o in associazione ad altri farmaci.

Nel frattempo, l'Agenzia italiana del farmaco ha autorizzato una serie di sperimentazione cliniche per valutare l'efficacia dell'idrossiclorochina, rispetto allo standard di cura, per il trattamento domiciliare di pazienti con un quadro clinico lieve di COVID-19 e in isolamento domiciliare^[31].

Il 23 aprile, l’Agenzia europea per i medicinali ha richiamato nuovamente l’attenzione sul rischio di gravi effetti indesiderati con cloroquina e idrossicloroquina impiegati nel contesto della pandemia in corso per il trattamento di pazienti con COVID-19^[32].

Qualche giorno dopo, ossia il 29 aprile 2020, l’AIFA ha aggiornato la scheda sull’utilizzo di idrossicloroquina per la terapia dei pazienti affetti da COVID-19^[33], con una revisione critica delle ultime evidenze di letteratura e con le prove di efficacia e sicurezza disponibili al momento, fornendo ai clinici elementi utili a orientare la prescrizione e a definire un rapporto fra i benefici e i rischi sul singolo paziente.

Il 26 maggio 2020, dato che “nuove evidenze cliniche relative all’utilizzo di idrossicloroquina nei soggetti con infezione da SARS-CoV-2 (seppur derivanti da studi osservazionali o da trial clinici di qualità metodologica non elevata) indicano un aumento di rischio per reazioni avverse a fronte di benefici scarsi o assenti ... in attesa di ottenere prove più solide dagli studi clinici in corso in Italia e in altri Paesi (con particolare riferimento a quelli randomizzati)”, l’AIFA ha sospeso l’autorizzazione all’utilizzo di idrossicloroquina per il trattamento dell’infezione da SARS-CoV-2, “al di fuori degli studi clinici, sia in ambito ospedaliero che in ambito domiciliare. Tale utilizzo viene conseguentemente escluso dalla rimborsabilità”^[34].

Il 29 maggio, con apposita scheda, l’AIFA ha indicato le motivazioni alla base della decisione di sospendere l’autorizzazione all’utilizzo di idrossicloroquina (e di cloroquina) per il trattamento del COVID-19 al di fuori degli studi clinici^[35].

Lo stesso giorno l’EMA ha ribadito i rischi (principalmente cardiaci e neuropsichiatrici) connessi all’uso del farmaco nei pazienti COVID-19, per come emersi da studi osservazionali, e ha evidenziato che, “alla luce dei dati emergenti, alcuni paesi dell’UE hanno sospeso o interrotto le sperimentazioni cliniche”^[36].

Nel comunicato, si legge, inoltre, che “Per alcune sperimentazioni, tra cui il grande studio multinazionale *Solidarity* dell’OMS, è stato sospeso l’arruolamento dei pazienti nei bracci che prevedono l’impiego di questi medicinali^[37]. La revisione preliminare di *Recovery*, uno studio in corso di grandi dimensioni sui pazienti con COVID-19, non ha individuato motivi per sospendere o interrompere la sperimentazione”^[38].

Le sospensioni sono state adottate, peraltro, dopo la pubblicazione di uno studio sulla prestigiosa rivista “The Lancet”, poi ritirato, che ha evidenziato l’(in)efficacia e i rischi del farmaco per il trattamento del COVID-19^[39].

“Alla luce delle attuali evidenze di letteratura”, il 22 luglio 2020, l’AIFA ha confermato “la sospensione dell’autorizzazione all’utilizzo *off-label* dell’idrossicloroquina al di fuori degli studi clinici”^[40].

Ne è sorta una *querelle* nella stessa comunità scientifica-medica, prima ancora che in ambito giuridico.

A coloro che hanno affermato l’inefficacia dell’idrossicloroquina per i pazienti con COVID-19^[41] si sono contrapposti i sostenitori dell’impiego del farmaco (tendenzialmente nella fase precoce di sintomatologia)^[42] al punto che la rivista *Panorama* ha lanciato una petizione (che

ha ormai superato le quindicimila firme) per chiedere all'Agenzia italiana del farmaco di “ripristinare l'uso dell'idrossiclorochina”.

5. L'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato

A seguito del ricorso proposto da un gruppo di medici avverso la citata sospensione dell'AIFA, la “parabola” sull'uso dell'idrossiclorochina per il trattamento dei pazienti con COVID-19 è proseguita dinanzi al giudice amministrativo.

Con l'(approfondita) ordinanza 11 dicembre 2020, n. 7097, la terza Sezione del Consiglio di Stato ha accolto l'appello cautelare proposto dai ricorrenti^[43] e ha sospeso la nota (del 22 luglio) dell'Autorità italiana del farmaco^[44].

Secondo il Collegio, innanzitutto, a differenza di quanto sostenuto nella memoria dell'AIFA, l'atto impugnato non si limita a sospendere l'autorizzazione all'utilizzo *off-label* del farmaco al di fuori degli studi clinici randomizzati controllati (e ad escluderne la rimborsabilità a carico del SSN), ma limita la libertà prescrittiva del medico, vietando l'utilizzo dell'idrossiclorochina^[45].

Il Consiglio di Stato ha soggiunto che la c.d. riserva di scienza dell'AIFA non la sottrae al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica, basato sulla conoscenza piena del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'Amministrazione.

Pur riconoscendo il “delicato compito” affidato alla citata Autorità e pur non potendo “decretare l'efficacia terapeutica dell'idrossiclorochina nel contrasto al SARS-CoV-2 in una fase iniziale della malattia, proprio per i limiti connotati al suo sindacato giurisdizionale”, il Consiglio di Stato ha affermato “il dovere di rilevare che la perdurante incertezza circa la sua efficacia terapeutica, ammessa dalla stessa AIFA a giustificazione dell'ulteriore valutazione in studi clinici randomizzati, non è ragione sufficiente sul piano giuridico a giustificare l'irragionevole sospensione del suo utilizzo sul territorio nazionale da parte dei medici curanti in base ad una conclusione – la totale definitiva inefficacia del farmaco sotto ogni aspetto, anche immunomodulatorio – che, allo stato delle conoscenze e della ricerche tuttora parziali e provvisorie, sembra radicale e prematura già a livello scientifico”.

Secondo il Collegio, dunque, “La scelta se utilizzare o meno il farmaco, in una situazione di dubbio e di contrasto nella comunità scientifica, sulla base di dati clinici non univoci, circa la sua efficacia nel solo stadio iniziale della malattia, deve essere dunque rimessa all'autonomia decisionale e alla responsabilità del singolo medico, con l'ovvio consenso informato del singolo paziente, e non ad una astratta affermazione di principio, in nome di un modello scientifico puro, declinato da AIFA con un aprioristico e generalizzato, ancorché temporaneo, divieto di utilizzo”.

6. Osservazioni a prima lettura

La premessa di fondo su cui si snoda l'ordinanza cautelare, secondo cui la c.d. riserva di scienza non sottrae l'atto di un'autorità amministrativa al sindacato del giudice amministrativo, è – in linea teorica – assodata e inconfutabile, in virtù di quanto sancito dagli

artt. 24, 111 e 113 Cost., oltre che dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.e. e dagli artt. 6, par. 1, 7 e 13 della CEDU^[46].

In concreto, però, è estremamente sottile e labile la linea di confine del (consentito – *rectius* dovuto – e costituzionalmente sancito) controllo giurisdizionale di legittimità degli atti che, secondo quanto evidenziato dallo stesso Collegio, sono esercizio di discrezionalità tecnica^[47].

Come noto, quest'ultima espressione – considerata “elegante ossimoro”^[48] – concerne le valutazioni compiute dalla pubblica Amministrazione quando l'esame dei fatti implica il ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico, che non appartengono al diritto e che non conducono a un risultato univoco.

I giudizi formulati sulla base di regole tecniche/scientifiche inesatte sono connotati, infatti, dall'opinabilità, tenuta tradizionalmente distinta dall'opportunità^[49]; la discrezionalità tecnica, a differenza di quella amministrativa o “pura”, non dovrebbe implicare una scelta (di merito), ma per l'appunto, un giudizio^[50].

Posta tale distinzione, grazie all'opera della giurisprudenza amministrativa^[51], e alle novità introdotte per effetto della l. 2000, n. 205, che ha previsto, tra l'altro, la consulenza tecnica nel processo amministrativo^[52], il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche non si è arrestato al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa^[53].

Al contrario, il controllo del giudice sui giudizi tecnici si è concretizzato “nella verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo”^[54], tramite l'uso delle regole e delle conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dalla p.A.

Acclarata la natura “intrinseca” del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, sono emersi dubbi sulla sua intensità.

Sul punto, è sorta la dicotomia tra sindacato “debole”, ossia che non consente al giudice di sovrapporre (e, dunque, di sostituire) la propria valutazione tecnica opinabile a quella (altrettanto opinabile) della p.A.^[55], e sindacato “forte”, che ammette la prevalenza del giudizio tecnico sviluppato nel processo su quello dell'Autorità amministrativa^[56].

Almeno in apparenza, la giurisprudenza amministrativa ha superato questa contrapposizione con l'affermazione secondo cui il g.a., “al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia sindacato forte/sindacato debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo”^[57].

Nell'ambito delle sanzioni antitrust (sia pure in una fattispecie^[58] che intercettava il tema dei farmaci *off-label*), l'evoluzione del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche è giunta all'avvicendamento del sindacato di “attendibilità” con quello di “maggiore attendibilità”^[59].

Ad oggi, però, permangono margini di incertezza sulla consistenza del controllo della discrezionalità tecnica rimesso al giudice amministrativo.

Premesso che questo tipo di discrezionalità è accompagnato, di frequente, da aggettivazioni – come “elevata”^[60], “ampia”^[61], “massima”^[62] – occorre evidenziare che, non di rado, la portata del sindacato del g.a. si declina diversamente non solo in riferimento a settori-poteri differenti^[63] (e, dunque, con una modulazione, per certi aspetti, fisiologica) ma – talvolta – anche nello stesso ambito-potere.

Ai fini che qui rilevano, di recente, proprio con riguardo alle valutazioni AIFA, l'autorità giurisdizionale aveva affermato che il controllo giudiziario deve attestarsi sui vizi di “manifesta” erroneità o di “evidente” illogicità del giudizio, ossia sulla “palese” inattendibilità^[64].

Nella fattispecie sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato, quest'ultimo ha enunciato (testualmente) che il sindacato effettuato consiste in un controllo “intrinseco”, di “credibilità razionale”, di “attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti”, per “verificare se l'autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica”.

In concreto, la pronuncia sulla nota sospensiva si colloca proprio al limite della “soglia” di sindacato indicata dallo stesso Collegio.

L'ordinanza sembra caratterizzata, infatti, da un'inversione dell'applicazione “tradizionale” del principio di precauzione^[65], giustificata alla luce della (grave) situazione di emergenza e di sovraffollamento degli ospedali, per cui, nel dubbio circa la non pericolosità/piena sicurezza del farmaco per i pazienti COVID-19, il Consiglio di Stato ha ritenuto non corretta l'adozione di misure restrittive^[66]. “Nell'incertezza perdurante circa l'efficacia della terapia sulla base degli standard scientifici più accreditati”^[67], il g.a. ha attenzionato la potenziale efficacia del farmaco nello stadio iniziale della malattia (forse indulgiando meno sul tema della pericolosità) e ha dimostrato comunque una maggiore propensione al rischio rispetto a quella dell'Agenzia.

Né sembra peregrino domandarsi, inoltre, se nella vicenda “tortuosa” sull'uso *off-label* dell'idrossiclorochina per la lotta al COVID-19 si insinuino anche momenti di discrezionalità amministrativa, dal momento che lo stesso Consiglio di Stato ha evocato il “bilanciamento tra gli opposti valori (quello dei medici curanti e quello tutelato da AIFA)”^[68].

Da ultimo (non per importanza) occorre considerare se la nota con cui l'AIFA ha sospeso l'autorizzazione all'utilizzo di idrossiclorochina per il trattamento dell'infezione da SARS-CoV-2, al di fuori degli studi clinici, comporti – almeno indirettamente – anche un divieto totale di impiego di tale farmaco per la lotta al COVID-19.

In sede difensiva, l'AIFA ha sostenuto di aver “solo proibito il rimborso del farmaco per tale uso a carico del Servizio Sanitario Nazionale, ai sensi dell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 356 del 1996, conv. in l. n. 648 del 1996”, ma non di aver vietato ai medici “di prescriberlo *off-label*, sotto propria responsabilità”.

Il tenore dell'atto è effettivamente ambiguo (specie se – procedendo come il Consiglio di Stato – viene letto alla luce della successiva nota del 25 novembre^[69]).

Ad ogni modo, se la nota AIFA sottende, dunque, tanto un comando (la sospensione d'autorizzazione all'uso già adottata), quanto un divieto generale (di prescrizione *off-label*),

sorge il dubbio se quest'ultimo contenuto sia scindibile dal resto dell'atto e sia da ritenere illegittimo, più che per un difetto di istruttoria, irragionevolezza/illogicità^[70], perché l'Agenzia non dispone di tale potere (visto anche quanto previsto dal già citato art. 3, comma 2, della c.d. legge Di Bella^[71]).

7. Conclusioni

L'ordinanza, con cui il Consiglio di Stato ha avuto il compito – piuttosto difficile e delicato – di pronunciarsi sulla sospensione della nota AIFA, è stata accolta con “sentimenti contrastanti”^[72].

Ai fini che qui rilevano, l'ordinanza è stata occasione di riflessione sul tema – sempre attuale – della discrezionalità tecnica, sull'applicazione (tutt'altro che agevole) del principio di precauzione anche nella materia dei farmaci, sul momento di bilanciamento tra interessi contrapposti, che sembra insinuarsi nella vicenda in oggetto, di cui dà conto la stessa pronuncia e sulla sussistenza (o meno) di un potere di divieto generalizzato dell'uso di un farmaco *off-label* in capo all'Agenzia italiana del farmaco.

Con riguardo al trattamento dell'infezione da SARS-CoV-2, peraltro, le sorti dell'idrossiclorochina restano ancora aperte.

Il Collegio ha accolto l'appello cautelare e ha sollecitato la fissazione dell'udienza di merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., “con la conseguente possibilità, in pendenza del presente giudizio, per i medici ricorrenti, come per tutti i medici abilitati ad operare sul territorio nazionale, di prescrivere l'idrossiclorochina ai pazienti affetti da SARS-CoV-2 nei primi giorni dall'esordio dei sintomi, in dosi non elevate, e in assenza di particolari controindicazioni o effetti collaterali per il singolo paziente, salve ulteriori prescrizioni di AIFA sulla scorta di ulteriori studi e aggiornamenti sui dati a sua disposizione, all'esito di più compiuta istruttoria, nella scheda dedicata all'idrossiclorochina sul sito www.aifa.gov.it, ad oggi aggiornata al 25 novembre 2020”.

Nell'ordinanza, il Collegio ha anche evidenziato che l'“AIFA provvederà ad aggiornare la scheda dell'idrossiclorochina in modo tale che essa non si presti ad essere nemmeno interpretata, per il futuro, nel senso di un assoluto divieto al suo utilizzo nei confronti dei medici”.

Il 22 dicembre 2020, l'Agenzia ha aggiornato la scheda sull'uso di questo farmaco nei pazienti adulti e ha evidenziato che “Alla luce delle evidenze che si sono progressivamente accumulate nell'uso terapeutico e su pazienti ricoverati e che dimostrano la completa mancanza di efficacia a fronte di un aumento di eventi avversi, seppur non gravi, AIFA non raccomanda l'uso dell'idrossiclorochina nei pazienti con COVID-19 in ospedale. (...) Nei pazienti con infezione da SARS-CoV-2 gestiti a domicilio, di bassa gravità e nelle fasi iniziali della malattia, esistono evidenze più limitate che dimostrano la completa mancanza di efficacia a fronte di un aumento di eventi avversi, seppur non gravi, pertanto AIFA non raccomanda l'utilizzo dell'idrossiclorochina. Una eventuale prescrizione nei singoli casi si configurerebbe quindi come uso *off label*”^[73].

L'aggiornamento dell'AIFA si sostanzia, dunque, in una raccomandazione che – proprio per la sua natura non vincolante – non è assimilabile a un “assoluto divieto”, ma potrebbe essere

motivo di riflessione (che, per materia, esula dalla presente sede) sulle possibili conseguenze in punto di responsabilità (civile e penale) del medico curante che prescrivere l'idrossiclorochina per i pazienti infettati da SARS-CoV-2.

[1] Proprio per il suo carattere globale, l'infezione da COVID-19 (*rectius*, da SARS-CoV-2) è stata definita ufficialmente quale pandemia dal Direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, in occasione del *briefing* di Ginevra dell'11 marzo 2020. Tale qualificazione è l'epilogo dell'*escalation* nella valutazione del rischio compiuta dall'OMS che, in un primo momento, ossia lo scorso 30 gennaio 2020, ha dichiarato l'epidemia in questione "emergenza internazionale di salute pubblica", per poi evidenziarne, il 28 febbraio 2020, il livello di minaccia "molto alto".

[2] Si v. <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioFaqNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=249>.

[3] Con la precisazione che, secondo l'art. 2, d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 ("Attuazione della Direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico"), per sperimentazione clinica si intende "qualsiasi studio sull'uomo finalizzato a scoprire o verificare gli effetti clinici, farmacologici e/o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali sperimentali, e/o a individuare qualsiasi reazione avversa ad uno o più medicinali sperimentali, e/o a studiarne l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione, con l'obiettivo di accertarne la sicurezza e/o l'efficacia, nonché altri elementi di carattere scientifico e non. Questa definizione include le sperimentazioni cliniche effettuate in un unico centro o in più centri, solo in Italia o anche in altri Stati membri dell'Unione europea".

[4] "L'idrossiclorochina (Plaquenil® cp da 200 mg o corrispondente generico) è un analogo della clorochina chimicamente molto simile e che ne condivide il meccanismo d'azione. È un antimalarico, attualmente utilizzato nel nostro Paese in campo reumatologico alla dose di 200 mg x 2 anche per periodi molto prolungati; esiste quindi ampia esperienza clinica (superiore rispetto alla clorochina) riguardo alla sua tollerabilità". Così l'AIFA, *Idrassiclorochina nella terapia dei pazienti adulti con COVID-19*, 22 luglio 2020, reperibile sul sito dell'Autorità (www.aifa.gov.it).

[5] L'istituzione dell'AIFA è avvenuta con l'art. 48, co. 2, decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 ("Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici"), come convertito nella legge 2003, n. 326. Le competenze dell'Agenzia sono individuate, nel dettaglio, fra l'altro, nel comma 5 dell'art. 48 della citata legge istitutiva. Sui compiti dell'AIFA, si v. L. Casini, *L'Agenzia italiana del farmaco: ufficio-agenzia o agenzia-ente pubblico?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 2, 121 ss.; M. Clarich, B.G. Mattarella, *L'Agenzia del farmaco*, in G. Fiorentini (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2004, 263 ss.; V. Molaschi, *Osservazioni sul ruolo dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) nel governo della spesa farmaceutica*, in *Foro amm.-TAR*, 2006, 233 ss.; G. Bobbio *L'Agenzia italiana del farmaco*, in G. Bobbio, M. Morino (a cura di), *Lineamenti del diritto sanitario*, Padova, 2010, 69 ss.; M. Atripaldi, *L'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) tra tutela del diritto alla salute ed esigenze finanziarie nel settore farmaceutico*, in *Federalismi.it*, 26 luglio 2017; M. Monteduro, *Modelli organizzativi e funzione: Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Torino, 2018.

[6] Oltre alla nota precedente, si v. www.agenziafarmaco.gov.it. Per un approfondimento, si rinvia a P. Mighetti, M. Marchetti, *Legislazione farmaceutica*, Milano, 2015, 139 ss.

[7] In tema, Cons. Stato, Sez. III, 15 luglio 2019, n. 4967.

[8] La CGUE, 29 marzo 2012, in C-185/10, Commissione vs Polonia, ha affermato che, ai sensi dell'art. 6 della direttiva 2001/83/CE ss.mm.ii., la commercializzazione dei medicinali sul mercato dell'Unione europea è subordinata al conseguimento dell'AIC, rilasciata dalle autorità nazionali competenti, oppure a un'autorizzazione a norma del regolamento 2309/9/CEE. Per un approfondimento, si v. anche B. Bertanini, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale*, Torino, 2016 (in particolare, 134 ss.).

[9] Sul tema, si rinvia anche ad A. Pira, *L'uso off-label dei medicinali: un'agenda per il dopo-Covid-19, in quotidianosanita.it*, 9 aprile 2020; G. Guerra, *La commercializzazione dei farmaci a confronto con gli usi off-label: il difficile bilanciamento tra tutela della salute e concorrenza*, in *Politiche sanitarie*, 2014, vol. 15, 2, 99 ss.; L. Pani, *Off label: disciplina italiana piena di zone d'ombra*, in *IISole24Ore*, 21 marzo 2014; F. Massimino, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off label*, in *Danno e resp.*, 2010, 12, 1104 ss.

[10] La sentenza della Corte cost., 12 gennaio 2011, n. 8, con nota di M. Gigante, *Esigenze unitarie nella politica farmaceutica: l'uso off label dei farmaci tra principi fondamentali e riserva all'AIFA*, in *Giur. It.*, 2011, 12, 2492 ss., ha specificato che l'uso delle

prescrizioni *off-label* non può essere regolato dal legislatore regionale. In argomento, di recente, si v. Cons. Stato, Sez. III, 15 dicembre 2020, n. 8033. Si v. anche Corte cost., 29 maggio 2014, n. 151, secondo cui un farmaco non è una valida alternativa terapeutica quando realizza “condizioni economicamente non accettabili e discriminatorie, tali da limitare l’accesso alle cure e, dunque, ledere la tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantita”, poiché comporta un costo eccessivo per il SSN o la mancata rimborsabilità a scapito del paziente.

[11] A seguito della citata pronuncia della Corte cost., 29 maggio 2014, n. 151, l’art. 3, legge 16 maggio 2014, n. 79, in materia di stupefacenti e impiego *off-label* di medicinali, ha aggiunto il co. 4-*bis*, ai sensi del quale, in presenza di una alternativa terapeutica valida, previa valutazione AIFA, nell’elenco possono essere inseriti medicinali da impiegare per una indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, “purché tale indicazione sia nota e conforme a ricerche condotte nell’ambito della comunità medico-scientifica nazionale e internazionale, secondo parametri di economicità e appropriatezza”.

[12] Prima del 2003 (anno di istituzione dell’AIFA, su cui si rinvia *supra*, nota 5) la competenza spettava alla Commissione unica del farmaco. Con provvedimento del 17 gennaio 1997, tale Commissione ha indicato i criteri e i requisiti per l’inserimento dei farmaci nell’elenco, individuando nella stessa Commissione, nelle associazioni dei pazienti, nelle società scientifiche e negli organismi sanitari pubblici e/o privati i soggetti legittimati ad attuare la proposta e a presentare la documentazione necessaria per l’ammissione. Con provvedimento del 20 luglio 2000, la Commissione appena indicata ha istituito l’elenco delle specialità medicinali erogabili a totale carico del SSN, integrato e/o modificato periodicamente dall’AIFA.

[13] Sul noto caso c.d. Di Bella, si v. Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185; sul più recente caso c.d. Stamina, si v. Id., 5 dicembre 2014, n. 274. In argomento, si v. anche Corte cost., 13 giugno 2000, n. 188.

[14] “La normativa del 1998, quindi, limita, ma non vieta la prescrizione dei medicinali fuori indicazione, con un’impostazione che si concilia con quella che è stata successivamente adottata a livello comunitario dalla Direttiva 2001/83/CE”. Così F. Massimino, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off label*, cit., 1106.

[15] Secondo la Cass. civ., 17 aprile 2019, n. 10719, “il diritto alla fruizione di prestazioni sanitarie a carico del Servizio sanitario, garantito dalla Costituzione e dall’art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, in favore di un numero quanto più ampio possibile di fruitori, deve dunque essere accertato sulla base dei seguenti criteri: a) le prestazioni richieste devono presentare, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, validate da parte della comunità scientifica; b) l’appropriatezza, che impone che vi sia corrispondenza tra la patologia e il trattamento secondo un criterio di stretta necessità, tale da conseguire il migliore risultato terapeutico con la minore incidenza sulla qualità della vita del paziente; c) l’economicità nell’impiego delle risorse, che richiede di valutare la presenza di altre forme di assistenza, meno costose ma di efficacia comparabile, volte a soddisfare le medesime esigenze ed erogabili dalle strutture pubbliche o convenzionate”.

[16] A proposito delle fasi della sperimentazione, si v. AIFA, Come nasce un farmaco, in www.aifa.gov.it: “Ha inizio con lo studio di fase 1 la sperimentazione del principio attivo sull’uomo che ha lo scopo di fornire una prima valutazione della sicurezza e tollerabilità del medicinale. Se il farmaco dimostra di avere un livello di tossicità accettabile rispetto al beneficio previsto (profilo beneficio/rischio) allora può passare alle successive fasi della sperimentazione. Nello studio di fase 2 (definito anche terapeutico-esplorativo) comincia ad essere indagata l’attività terapeutica del potenziale farmaco, cioè la sua capacità di produrre sull’organismo umano gli effetti curativi desiderati. Questa fase serve inoltre a comprendere quale sarà la dose migliore da sperimentare nelle fasi successive, e determinare l’effetto del farmaco in relazione ad alcuni parametri (come, ad esempio, la pressione sanguigna) considerati indicatori della salute del paziente. Questa seconda fase è utile quindi a dimostrare la non tossicità e l’attività del nuovo principio attivo sperimentale. Ci sono però ancora altri quesiti a cui bisogna dare una risposta: ma il farmaco quanto è efficace? Ha qualche beneficio in più rispetto a farmaci simili già in commercio? E qual è il rapporto tra rischio e beneficio? A tutte queste domande si risponde con lo studio di fase 3 (o terapeutico-confermativo). In questo caso non sono più poche decine i pazienti “arruolati”, ma centinaia o migliaia. L’efficacia del farmaco sui sintomi, sulla qualità della vita o sulla sopravvivenza è confrontata con un placebo (sostanza priva di efficacia terapeutica), con altri farmaci già in uso, o con nessun trattamento”.

[17] *Ibidem*.

[18] *Ibidem*. L’A. prosegue evidenziando che “Deve quindi ritenersi che la norma del 2007 rappresenti una restrizione rispetto alla disciplina previgente, che deve quindi considerarsi tacitamente abrogata, limitatamente all’aspetto delle pubblicazioni scientifiche come requisito sufficiente per l’ammissibilità della prescrizione *off label*”.

[19] “Con decreto del Ministro della salute, da adottarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, tenuto conto anche delle linee guida EMEA per l’uso compassionevole dei medicinali, sono stabiliti i criteri e le modalità per l’uso di medicinali privi di AIC in Italia, incluso l’utilizzo al di fuori del riassunto delle caratteristiche del

prodotto autorizzato nel paese di provenienza e l'uso compassionevole di medicinali non ancora registrati. Fino alla data di entrata in vigore del predetto decreto ministeriale, resta in vigore il decreto ministeriale 8 maggio 2003, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 173 del 28 luglio 2003”.

[20] La norma è poi confluita – con alcune modifiche/aggiunte – nell’art. 40, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (recante “Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali”) come convertito dalla legge 5 giugno 2020, n. 40

[21] Per come, a sua volta modificato, dalla legge 11 gennaio 2018, n. 3.

[22] Come evidenziato da E. Bellomo, *L'emergenza sanitaria Covid-19: l'impatto della decretazione d'urgenza sulla sperimentazione di farmaci ad uso compassionevole*, in *Ceridap*, 26 ottobre 2020, “In questo caso, non si attua infatti quel concorso di azioni che partono dal promotore dello studio e che arrivano a coinvolgere lo sperimentatore e la struttura sanitaria lasciando che sia, invece, il medico a ritenere di dover applicare un protocollo di studio previa (secondo la normativa emergenziale) avvallo scientifico e monitoraggio di AIFA e del Comitato etico nazionale”.

[23] AIFA, *COVID-19: precisazioni su definizioni di uso compassionevole e relative applicazioni del decreto legge 18/2020*, 26 marzo 2020, ha specificato che la disposizione di cui all’art. 17 si applica unicamente alle richieste che ricadono nei programmi di uso terapeutico. Con tale definizione si intende “il protocollo clinico predefinito e identico per tutti i pazienti, presentato dalle aziende farmaceutiche, con applicazione di criteri univoci di inclusione, esclusione e schema di trattamento per specifici farmaci somministrati a più pazienti (secondo il DM 7/9/2017)”. Di contro, “Gli usi terapeutici nominali (...) NON devono essere sottoposti per valutazione al Comitato Etico unico Spallanzani, ma restano assoggettati alla normativa vigente e quindi rimangono di competenza dei Comitati Etici locali”. Si specifica inoltre che per la presentazione all’AIFA dei programmi di uso terapeutico su COVID-19 da parte di aziende farmaceutiche viene fatta deroga al termine dei 15 giorni antecedenti l’avvio degli stessi. L’Autorità ha chiarito, inoltre, che “Per i programmi di uso terapeutico, visti i tempi brevissimi dell’attivazione dei trattamenti d'emergenza, è consentita l'importazione di stock dei farmaci inclusi nei programmi di uso compassionevole, sulla base dei seguenti documenti: del parere preliminare favorevole dell’AIFA, oppure del parere favorevole del Comitato Etico nazionale per l'emergenza COVID Spallanzani, oppure del Comitato Etico della struttura trattante nel caso di programma già con parere favorevole da parte del relativo Comitato Etico prima del 17 marzo, oppure del Comitato Etico della struttura trattante nel caso di usi terapeutici su base nominale. Tutti i trattamenti (di cui alla definizione 1 o 2) che hanno ricevuto un parere positivo saranno pubblicati sul sito istituzionale dell’AIFA, nell’apposita sezione Emergenza COVID-19”.

[24] Si v. la *Circolare sulle procedure semplificate per gli studi e gli usi compassionevoli per l'emergenza da COVID-19*, 19 aprile 2020, pubblicata sul sito dell’AIFA (www.aifa.gov.it).

[25] Nel comunicato *AIFA, emergenza COVID-19: costituita “Unità di crisi Coronavirus”*, 12 marzo 2020, si legge che “In considerazione del fatto che nell'emergenza gli ospedali fanno ricorso a protocolli che prevedono l'uso *off label* di medicinali in commercio in Italia, AIFA sta predisponendo l'approvazione di quelli già identificati, che verranno sottoposti a valutazione da parte del CTS”.

[26] Si v. quanto indicato *supra*, par. 2.

[27] AIFA, *Azioni intraprese per favorire la ricerca e l'accesso ai nuovi farmaci per il trattamento del COVID-19*, 17 marzo 2020.

[28] AIFA, *Comunicazione AIFA sull'utilizzo di Clorochina e Idrossiclorochina nella terapia dei pazienti affetti da COVID-19 - Informazioni di sicurezza*, 31 marzo 2020.

[29] EMA, *Aggiornamento sui trattamenti e i vaccini in fase di sviluppo contro il COVID-19*, 31 marzo 2020.

[30] EMA, *COVID-19: clorochina e idrossiclorochina devono essere utilizzati solo negli studi clinici o nei programmi di utilizzo in emergenza*, 1° aprile 2020.

[31] Si v., ad es., AIFA, *COVID-19 - AIFA autorizza nuovo studio clinico sull'idrossiclorochina*, 9 aprile 2020.

[32] EMA, *COVID-19: si richiama nuovamente l'attenzione sul rischio di gravi effetti indesiderati con clorochina e idrossiclorochina*, 23 aprile 2020.

[33] AIFA, *COVID-19 - Aggiornamento scheda informativa AIFA su idrossiclorochina*, 29 aprile 2020.

[34] AIFA, *AIFA sospende l'autorizzazione all'utilizzo di idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19 al di fuori degli studi clinici*, 26 maggio 2020.

[35] AIFA, *COVID-19. Le motivazioni della decisione AIFA sull'uso di idrossiclorochina e cloroquina*, 29 maggio 2020.

[36] EMA, *COVID-19: ribaditi i rischi di cloroquina e idrossiclorochina*, 29 maggio 2020.

[37] L'OMS ha poi ripreso la sperimentazione a inizio giugno per interromperla il 17 giugno 2020. Si v. WHO, Coronavirus disease (COVID-19): hydroxychloroquine, 19 giugno 2020 (pubblicato sul sito www.who.int).

[38] Con l'aggiunta che, a fine novembre 2020, il comitato per la sicurezza (Prac) dell'EMA ha raccomandato di aggiornare le informazioni sui farmaci contenenti cloroquina o idrossiclorochina, proprio perchè la revisione di tutti i dati disponibili ha confermato un collegamento tra l'uso di questi medicinali e il rischio di disturbi psichiatrici e di comportamento suicidario. Si v. Redazione ANSA, *Emm, rischio suicidio collegato a uso idrossiclorochina*, in *Ansa.it*, 30 novembre 2020.

[39] MR Mehra e a., *RETRACTED: Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis*, in *The Lancet*, pubblicato il 22 maggio 2020 e ritirato il 5 giugno 2020.

[40] AIFA, *Idrossiclorochina nella terapia dei pazienti adulti con COVID-19*, Update del 22 luglio 2020. Si v. anche l'aggiornamento, AIFA, *COVID-19: AIFA limita l'uso di remdesivir in casi selezionati e consente idrossiclorochina solo in studi clinici randomizzati a domicilio*, 26 novembre 2020, con cui l'Autorità ha confermato la sospensione dell'autorizzazione all'utilizzo *off-label* dell'idrossiclorochina "sia per l'uso terapeutico (ospedaliero e territoriale) sia per l'uso profilattico, sulla base delle evidenze che si sono progressivamente accumulate e che dimostrano la completa mancanza di efficacia a fronte di un aumento di eventi avversi, seppur non gravi". Ha poi soggiunto che "L'utilizzo nei pazienti non gravi e nelle fasi iniziali della malattia può essere consentito solo nell'ambito di studi clinici randomizzati, in quanto al momento le evidenze, seppur tendenzialmente negative, sono ancora limitate".

[41] E. Burba, *È iniziata la battaglia dell'idrossiclorochina*, in *Panorama*, 24 novembre 2020; S. Turina, *Covid e idrossiclorochina: che cosa dicono gli ultimi pareri scientifici. Le ragioni di una bocciatura*, in *Corriere della sera*, 12 dicembre 2020.

[42] Si pensi allo studio promosso dal Movimento IppocrateOrg, intitolato "Recovery trial and hydroxychloroquine", pubblicato sull'*International Medical Journal*, il 29 Settembre 2020. Si v. anche C. Scaldaferrì, *Chi usa e chi vieta l'idrossiclorochina nella lotta al Covid*, in *Agf*, 18 maggio 2020.

[43] Avverso l'ordinanza del TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 16 novembre 2020, n. 7069.

[44] Il TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, con l'ordinanza (non appellata) del 14 settembre 2020, n. 5911, ha rigettato l'istanza cautelare avverso la nota AIFA del 26 maggio 2020.

[45] A sostegno di tale interpretazione, il Cons. Stato ha invocato la determinazione n. 484 del 2020, pubblicata in G.U. n. 112 del 2 maggio 2020, e l'aggiornamento (citato *supra*, nota 39) al 25 novembre 2020 della scheda sull'idrossiclorochina del 25 novembre 2020.

[46] Si v. anche l'art. 1 c.p.a.

[47] Sul tema, tra i numerosi contributi, si v. F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 276 ss.; E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, *ivi*, 1910, 16 ss.; Id., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911; M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora in Id., *Scritti*, Milano, 2000, I, 387 ss.; P. Virga, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.; V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 372 ss. (e in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, II); V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 575 ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 ss.; G. Pelegatti, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario, un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 158 ss.; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; N. Paolantonio, *Interesse pubblico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 413 ss.; Id., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001; F. Fracchia, C. Videtta, *La tecnica come potere*, in *Foro amm.*, 2002, III, 493 ss.; D. Mastrangelo, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità pareri e merito*, Bari, 2003; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 439 ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005; Id., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc.*

amm., 2004, 4, 983 ss.; Id., *Discrezionalità tecnica* (voce), in *Enc. del diritto*, II, 2009, 471 ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, 1602 ss.; F. Volpe, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. S.S. UU., 17 febbraio 2012, n. 2312)*, in *Giustamm.it*, 2012. Si consideri, inoltre, la recente Ricerca dell'Ufficio Studi, curata dal Presidente M. Lipari, dai Cons. Giovagnoli e Storto, con la collaborazione dei Presidenti R. De Nictolis e R. Chieppa, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e tutela giurisdizionale amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

[48] Così il TAR Trentino-Alto Adige, ordinanza 5 maggio 2008, n. 228; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 269; Id., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 55-56 ha affermato che la discrezionalità tecnica “non ha proprio nulla di discrezionale” e che, quindi, tale definizione costituisce “un errore storico della dottrina”; come ha evidenziato E. Capaccioli, citato in P. Lazzara, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. amm.*, 2009, 995 ss., § 4, “le due valutazioni tecnica e discrezionale, non coincidono mai; dove comincia l'una finisce l'altra e dove c'è l'una non vi è posto per l'altra”. Si v. anche F. Merusi, *La Teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. amm.*, 2009, 873 ss. Nello stesso senso, F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 688-689, ha sottolineato l'“equivocità della formula”.

[49] Su cui si v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 54.

[50] A tale riguardo, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2017, 179, hanno evidenziato che la formulazione di un giudizio “alla stregua di una scienza, in luogo di legittimare una riserva di amministrazione, costituisce all'opposto la premessa della sua verificabilità”. *Contra*, si v. la posizione di G. Clemente Di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 7, 2016.

[51] A partire da Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, 11, con nota di A. Travi.

[52] Oggi disciplinata dagli artt. 63, comma 4 e 67 c.p.a. Come evidenziato da A. Travi, *Sindacato debole e giudice deferente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 3, 313: “Nel giudizio le parti sono sempre sullo stesso piano e l'attendibilità dell'affermazione di una parte non può essere privilegiata per il fatto che... sia stata recepita in un provvedimento amministrativo (art.113 Cost). La regola del giudizio è sempre la stessa: tutti i fatti controversi devono essere verificati nel rispetto delle norme sulle allegazioni e sulla prova e tale regola non incontra eccezioni nella dimensione di ordine tecnico dei fatti: altrimenti la giustizia amministrativa diventa qualcosa di diverso e minore rispetto alla giustizia senza aggettivi”.

[53] Si veda anche Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014 n. 1013, in *Dir. proc. amm.* 2014, 1057, con nota di B. Gilberti: “l'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che del provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può pertanto sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica”.

[54] Così, di recente, Cons. Stato, Sez. I, 30 novembre 2020, n. 1958.

[55] A tale fine, A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 549, ha evocato la nozione di “preferenza” – anziché di “riserva” – di amministrazione, nel senso che la valutazione ragionevole, ancorché opinabile, dell'autorità amministrativa deve essere preferita rispetto alle altre possibili alternative “ragionevoli e legittime”.

[56] Secondo G. Clemente Di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, cit., “Anche questa distinzione è da considerarsi priva di senso: l'unico sindacato coerente con il principio di separazione delle funzioni resta quello basato sul vizio dell'eccesso di potere. E tale vizio – una volta essendo stato acquisito che può risolversi, oltre che nella forma del mero sviamento, pure in quella fondata sulla rilevazione delle figure sintomatiche – ben può rivelarsi sussistente anche laddove la valutazione compiuta dalla P.A., alla verifica della sua attendibilità tecnico-scientifica, risulti superficiale, incongrua, irragionevole, inadeguata, ecc. Il che, evidentemente, non può che integrare una delle varie figure sintomatiche progressivamente elaborate, in un tempo ormai assai lungo, dalla giurisprudenza amministrativa: non diversamente da quanto accade con riguardo alla valutazione che la P.A. compie in funzione della scelta del contenuto provvedimentale”.

[57] Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645. In termini, di recente, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 febbraio 2019, n. 408.

[58] Ossia il noto caso *La Roche-Novartis* (o *Anastin-Novartis*).

[59] Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990, in *Foro it.*, 2019, 10, 533 ss. con nota di R. Pardolesi; in *Giustamm.it*, con nota di G. Cice. Nell'*Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2019, 9, 1377 ss., è evidenziato che il Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, da 5558 a 5564 e 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032 e 6065; Id., 23 settembre 2019, n. 6314, hanno richiamato il Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990, ma limitatamente “alla parte ricognitiva delle precedenti acquisizioni (sindacato “non sostitutivo di attendibilità”), estromettendo quella che ha proposto il *revirement* in senso ampliativo (sindacato “pieno di maggiore attendibilità)”. Sul tema, si v. R. Garofoli, *Il controllo giurisdizionale amministrativo e penale della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 2, 405 ss.; F. Goisis, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1, 45 ss.; S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.*, 2020, 1, 97 ss.; M. Cappai, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019. Per F. Patroni Griffi, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020, “in settori tradizionali (per esempio, quello dei beni culturali o dei concorsi universitari, mentre resiste quello degli esami di abilitazione) o di più recente rilevanza (soprattutto quello delle sanzioni e della regolazione economica, sia pure con accenti che devono restare differenti), l'area del “merito” amministrativo resta confinata alla scelta vera e propria, mentre il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di “maggiore attendibilità” e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili. Con il solo ovvio limite della sostituzione di una propria scelta a quella amministrativa. È chiaro che questo principio riuscirà ad affermarsi se i giudici amministrativi saranno particolarmente sensibili alle evenienze in fatto del processo e la Corte di cassazione saprà distinguere, in sede di controllo sui limiti cd. esterni della giurisdizione amministrativa, tra area riservata al merito amministrativo e sindacato pieno ed effettivo sulla legittimità dell'azione amministrativa.”. Sull'applicabilità del criterio della maggiore attendibilità la giurisprudenza non è univoca. Ad esempio, con riferimento al vincolo culturale apposto dalla p.A., il TAR Piemonte, Sez. I, 3 marzo 2020, n. 155, ha sostenuto che “I recenti orientamenti sui limiti che il giudice incontra nel sindacato della c.d. discrezionalità tecnica impongono al Collegio di verificare se l'indagine qualitativa del bene effettuata dall'amministrazione si presenti come quella dotata di maggiore attendibilità e non solo come una delle tante valutazioni possibili”; a proposito del giudizio tecnico sull'infermità da causa di servizio, il TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1° dicembre 2020, nn. 12790 e 12794 ha affermato, invece, che “il sindacato del giudice amministrativo è ammissibile laddove la valutazione si ponga al di fuori dell'opinabilità o della maggiore attendibilità”.

[60] Si v., ad esempio, di recente, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 settembre 2020, n. 9335.

[61] Si v., ad esempio, di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 4 gennaio 2021, n. 37; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 4 gennaio 2021, n. 4.

[62] Si v., ad esempio, di recente, Cons. Stato, Sez. IV, 15 ottobre 2020, n. 6258; TAR Lazio, Roma, Sez. I-bis, 24 luglio 2020, n. 8741.

[63] F. Patroni Griffi, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, cit.; Id., *Il sindacato del Giudice amministrativo sugli atti delle Autorità Indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, 2, 2017. Di recente, sul tema, su iniziativa della Prof.ssa M.A. Sandulli e del Prof. F. Francario, si è svolta una Tavola rotonda per l'apertura del modulo di diritto amministrativo della SSPL dell'Università agli studi “Roma Tre”, intitolata “Attività discrezionale e attività vincolata della P.A. e sindacato del G.A.”, Roma, 30 gennaio 2020. Si v. anche il webinar “La discrezionalità tecnica tra procedimento e processo”, organizzato dalla Città Metropolitana di Firenze, in collaborazione con l'Università degli Studi di Firenze, 25 giugno 2020.

[64] Si v. TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 13 agosto 2020, n. 9198. Secondo, TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 17 gennaio 2020, n. 591, 592 e 593: “quello della commissione AIFA costituisca senz'altro giudizio connotato da discrezionalità tecnica: pertanto occorre dimostrare anche l'abnormità di un siffatto giudizio onde poter demolire la eventuale determinazione finale. In altre parole, il relativo sindacato giurisdizionale deve attestarsi su riscontrati (e prima ancora dimostrati) vizi di manifesta erroneità o di evidente illogicità del giudizio stesso, ossia sulla palese inattendibilità della valutazione espressa dalla stessa commissione AIFA. A tale specifico riguardo osserva infatti il collegio che il sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica, quale è quello che caratterizza la valutazione di equivalenza terapeutica tra medicinali, non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo dell'amministrazione ma è piuttosto finalizzato a verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato mediante utilizzo delle regole conformi a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza. Sicché un tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, pena un'inammissibile invasione della sfera propria della P.A. Il parere della commissione AIFA costituisce pertanto atto di esercizio di ampia discrezionalità tecnica e il sindacato del giudice amministrativo è di tipo intrinseco debole (o di attendibilità), limitato cioè alla verifica della sussistenza di vizi sintomatici dell'eccesso di potere quali la palese carenza di istruttoria e l'abnorme travisamento dei fatti nonché la evidente illogicità e incongruenza delle valutazioni espresse”.

[65] Tale principio non è espressamente enunciato nel testo della pronuncia, ma sembra implicitamente presente, visto che, più volte, il g.a. ha evocato il concetto di “rischio” e il “rapporto rischi/benefici”. “Si riferisce a un approccio alla gestione del rischio in base al quale, se vi è la possibilità che una data politica o azione possa danneggiare il pubblico o l'ambiente, e

se non c'è ancora consenso scientifico sulla questione, la politica o l'azione in questione non dovrebbe essere perseguita". Sul principio di precauzione, tra i numerosi contributi, si rinvia a U. Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, 1986; A. Jordan, J. Cameron, Interpreting the Precautionary principle, London, 1994; U. Di Fabio, Gefahr, Vorsorge, Risiko, in Jura, 1996, 566 ss.; A. KISS, The rights and interest of future

generations and the precautionary principle, in D. Freeston, E. Hey, The Precautionary principle and international law. The challenge of implementation, The Hague, 1996, 19 ss.; J. Scott, The Precautionary Principle Before the European Courts, in R. Macrory (a cura di), Principles of European Environmental Law, Groningen, Europa, 2004; V. Heyvaert, Facing The Consequences of the Precautionary Principle in European Community Law, in European Law Review, 2006, 185 ss.; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; A. Bianchi, M. Gestri (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006; D. Bevilacqua, *I limiti della scienza e le virtù della discrezionalità: il principio di precauzione nel diritto globale*, in G. Della Cananea (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, 2007; M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio ed azione amministrativa*, in Riv. It. Dir. pubbl., 2007, 51 ss.; A. Zei, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. Bifulco, A. D'Aloia, *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008; Id., *Principio di precauzione*, in Dig. disc. pubbl., Torino, II, 2008, 670 ss.; C.R. Sunstein, *Il diritto della paura*, Bologna, 2010; P. Savona, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *Federalismi.it*, 2011; S. Cognetti, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 142 ss.; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 413 ss.; Id., *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 49 ss.; con specifico riferimento all'applicazione del principio di precauzione nell'emergenza COVID-19, si v., in particolare, F. Scalia, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 32, 2020; G. Pitruzzella, *Il principio di precauzione è debole nella società globale del rischio*, in *Il Foglio*, 12 luglio 2020; M. Basigli, *L'epidemia di CoVid-19: il principio di precauzione e i fallimenti istituzionali*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, 3, 475 ss. Sulla natura "transettoriale" del principio di precauzione, che ormai non attiene più solo al diritto ambientale (art. 191, par. 2, TFUE), si v., tra gli altri, P. Kourilsky, G. Viney, *Le principe de précaution*, Parigi, 2000, 144; B. Delfino, *Una nuova nozione di sicurezza nel diritto pubblico: riflessioni, rapporti con i principi di prevenzione e di precauzione e sua forza espansiva*, in *Foro amm.*, 2008, 11, 3183 ss.; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, cit., 416-417 e la CGUE, Grande Sezione, 1° ottobre 2019, Mathiew Blaise e a., C-616/17, par. 41.

[66] Con riferimento all'applicazione del principio in materia di farmaci, si v. TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 9 febbraio 2017, n. 2225, che ha affermato che l'insegnamento in materia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, «(...) qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito a causa della natura insufficiente, non concludente o imprecisa dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive». Con riguardo alle misure adottate in fase di emergenza, si v., ad esempio, TAR Campania, Napoli, Sez. V, ordinanza 22 aprile 2020, n. 826, in *www.quotidianogiuridico.it*, che – nel rigettare l'istanza di sospensiva di un provvedimento con cui era stata disposta la chiusura temporanea di una casa di cura – ha richiamato il Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655, secondo cui «Il c.d. « principio di precauzione », di derivazione comunitaria (art. 7, Regolamento n. 178 del 2002), impone che quando sussistono incertezze o un ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi; l'attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche»).

[67] Così l'ordinanza in commento.

[68] Per completezza, si segnala che in un passaggio precedente dell'ordinanza, si afferma, però, che «Si deve anzitutto fugare ogni dubbio circa l'insinuarsi di un pericoloso relativismo terapeutico o irrazionalismo decisionario, fondato su nebule intuizioni curative, più o meno verificabili, del singolo medico, su pseudoconoscenze del paziente o addirittura su valutazioni di mera opportunità politica dello stesso decisore pubblico, in quanto le decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, dovrebbero prevedere «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici».

[69] Su cui si rinvia *supra*.

[70] Come ritenuto dal Consiglio di Stato (con riferimento alla nota integralmente intesa).

[71] Per cui se manca (o è sospesa) l'autorizzazione AIFA, ma persistono i requisiti per la prescrizione "fuori dal bugiardinio", ai sensi di tale disposizione, il medico può comunque impiegare tale farmaco (viceversa, se non sussistono i presupposti ivi stabiliti, il sanitario non può utilizzare il farmaco, perché è la legge stessa a vietarlo).

[72] Per un commento favorevole alla pronuncia, si v., tra gli altri, l'Assessore alla sanità del Piemonte, come riportata da E. Burba, *Il Piemonte dà il via libera all'idrossiclorochina*, in *Panorama*, 16 dicembre 2020; P. Varese nell'intervista rilasciata ad A. Mariotti, *L'idrossiclorochina torna tra i farmaci che si possono usare contro il Covid: "Sentenza storica per i medici"*, in *La stampa*, 12 dicembre 2020; *Contra*, si v. la posizione del Presidente dei medici internisti della Fedoi, D. Manfellotto, e del Presidente del Consiglio superiore di sanità, F. Locatelli, riportate da Huffpost, *Ok del Consiglio di Stato all'idrossiclorochina? I giudici vogliono sostituirsi alla scienza*, in *Huffingtonpost*, 12 dicembre 2020; L. Simonetti, *Il covid in tribunale*, in *Il Foglio*, 18 dicembre 2020; l'editoriale G. Corbellini, *Il Tribunale del Covid*, *ivi*, 12 dicembre e G. Ciliberto, *Gli studi dimostrano che l'idrossiclorochina non ha alcun beneficio contro il Covid*, *ivi*.

[73] AIFA, *Idrossiclorochina nella terapia dei pazienti adulti con COVID-19*, Update del 22 dicembre 2020.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1513 - 28 gennaio 2021

Legittimazione ad agire dell'ANAC e giurisdizione amministrativa (nota a T.A.R. Campania, Salerno Sez. I, 2.1.2021 n.1)

di Esper Tedeschi

Sommario: 1. Cenni sulla legittimazione processuale dell'ANAC ex art. 211, co. 1-bis e 1-ter, d.lgs. n. 50/2016 - 2. La sentenza del T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 2.01.2021, n. 1-3. Brevi riflessioni conclusive sulla legittimazione “straordinaria” dell'ANAC.

1. Cenni sulla legittimazione processuale dell'ANAC ex art. 211, co. 1-bis e 1-ter, d.lgs. n. 50/2016.

La sentenza del T.A.R. Salerno n. 1/2021 offre l'occasione per riflettere in merito al complesso tema della legittimazione ad agire dell'ANAC.

Prima di descrivere la questione affrontata nel dettaglio dal giudice amministrativo, è opportuno spendere qualche parola in merito alla struttura alle due diverse ipotesi di legittimazione processuale individuate dall'art. 211, d.lgs. n. 50/2016.

Come ormai noto, l'art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016 è stato modificato dal d.l. n. 50/2017 e dalla successiva legge di conversione n. 96/2017 che hanno comportato l'espunzione del comma 2 del medesimo articolo. Tale comma 2 prevedeva l'istituto delle c.d. raccomandazioni vincolanti con le quali l'ANAC, una volta riscontrate delle illegittimità negli atti di gara, era titolare del potere di adottare delle “raccomandazioni vincolanti” nei confronti della Stazione Appaltante, al fine di sollecitare (con le forme dell’“invito”) l'esercizio del potere in autotutela, da parte dell'Amministrazione, in senso conforme alla raccomandazione stessa[1].

La modifica normativa, in particolare, era stata auspicata dal Consiglio di Stato in sede consultiva, nei pareri nn. 855/2016 e 2777/2016[2]. Il legislatore delegato, a seguito delle criticità evidenziate in sede consultiva, dunque, ha sostituito le raccomandazioni vincolanti con due ipotesi di legittimazione ad agire individuate dai nuovi co. 1-*bis* e co.1-*ter* dell'art. 211 che, almeno sulla carta, dovrebbero rappresentare una soluzione che favorisca una forma di controllo collaborativo (tra l'ANAC e le Stazioni appaltanti). Poi, ai sensi dell'art. 211, co. 1-*quater*, la disciplina di dettaglio è rimessa a un regolamento interno all'Autorità con lo specifico fine di circoscrivere l'area della legittimazione attiva dinanzi al g.a.[3].

Le articolate previsioni dell'art. 211 introducono, nella materia della contrattualistica pubblica, un nuovo soggetto dotato di legittimazione attiva, con l'obiettivo (non dichiarato) di tutelare la legalità e la concorrenza nel settore degli appalti, consentendo l'impugnazione di bandi, atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto.

In particolare, l'art. 211, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016, attribuisce la legittimazione ad agire in giudizio dell'ANAC per l'impugnazione *“dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante”*[4]. Rientrano, quindi, nella fattispecie oggetto d'impugnazione diretta gli atti della procedura relativi a contratti di rilevante impatto sia in senso economico (criterio quantitativo), sia in senso di importanza della commessa pubblica (criterio qualitativo)[5].

L'art. 211, co. 1-*ter*, invece, adotta una soluzione equiparabile a quella già prevista dall'art. 21-*bis*, l. n. 287 del 1990 per l'AGCM[6]. Il co. 1-*ter*, infatti, attribuisce la legittimazione ad agire in giudizio previo parere motivato, con cui si invita la Stazione Appaltante a conformarsi entro un termine, decorso il quale – in caso di mancato adempimento alle prescrizioni dell'ANAC – l'Autorità può adire il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento del provvedimento *“viziato da gravi violazioni del presente codice”*[7]. Anche se, va detto, alcune differenze tra i due istituti sono state individuate in merito all'oggetto del giudizio[8].

Tuttavia una differenza, non da poco, tra i due commi citati dell'art. 211, codice dei contratti pubblici e l'istituto dell'art. 21-*bis*, è l'assenza dell'indicazione specifica dell'interesse a tutela del quale l'Autorità agisce.

Tale differenza, significativa, fa riaffiorare il mai sopito dibattito sulla presenza di una funzione oggettiva della giurisdizione amministrativa, seppure a prevalenza soggettiva; cioè di una giustizia orientata non solo a tutelare gli interessi delle parti contraenti, ma anche volta a perseguire l'obiettivo, più generale, della legalità dell'azione amministrativa, che assume particolare rilievo nelle gare ad evidenza pubblica.

Senonché, con riferimento alla legittimazione dell'ANAC sembra più corretto parlare di legittimazione *“oggettiva”* o *“straordinaria”* sia in riferimento all'ipotesi disciplinata dall'art. 211, co. 1-*bis*, sia dal co. 1-*ter*[9]. Difatti – pur non essendo indicato espressamente l'interesse alla cui tutela è preposta l'Autorità – anche con gli istituti predetti, al pari dell'art. 21-*bis* per l'AGCM, si prevede una legittimazione processuale sganciata dalla effettiva titolarità di un interesse legittimo, ma ricollegata, invece, alla tutela di un interesse generale (alla concorrenza e alla legalità dell'azione amministrativa)[10].

Come si dirà nel terzo paragrafo, pertanto, sembra che non ci sia stato, con la modifica all'art. 211, d.lgs. n. 50/2016, uno snaturamento della natura soggettiva della giurisdizione, bensì

l'introduzione di una forma di *“vigilanza collaborativa ai fini della tutela dell'interesse pubblico alla legittimità ed alla legalità dell'azione amministrativa in materia di procedure relative all'affidamento di contratti pubblici”*[11] che si estrinseca in una legittimazione straordinaria ed oggettiva dell'ANAC[12].

2. La sentenza del T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 2.01.2021, n. 1.

Venendo, ora, all'esame della sentenza in commento, occorre muovere dalla fattispecie concreta. Il “caso” deciso dal T.A.R. Campania, sede di Salerno, concerne la decisione dell'ANAC di impugnare gli atti della procedura e, segnatamente, singole clausole, in relazione alla qualificazione di centrale di committenza e di organismo di diritto pubblico di un'Associazione che aveva gestito i servizi di committenza ausiliaria per la Stazione Appaltante e alle stesse disposizioni che regolavano l'affidamento dei medesimi servizi prestati dall'Associazione afferenti alla procedura in questione, sulla base di un corrispettivo che l'ANAC ha ritenuto illegittimamente posto a carico dell'aggiudicatario con una alterazione della concorrenza.

Infatti l'individuazione dei soggetti ammessi a svolgere le attività di committenza ausiliarie *“attiene al più ampio assetto del mercato relativo a tali attività, nell'ambito del quale le modalità di affidamento sono determinate in considerazione anche della qualità rivestita dall'affidatario; allo stesso modo l'imposizione di specifici oneri a carico dei concorrenti e dell'aggiudicatario incide sulla partecipazione alla specifica procedura”*.

L'ANAC, dunque – ravvisate le “gravi violazioni” del codice dei contratti pubblici nell'ambito del mercato dei servizi di committenza ausiliari e dello specifico mercato a cui attiene l'oggetto della procedura – ha adottato il parere *ex art. 211, co. 1-ter, d.lgs. n. 50/2016*, assegnando un termine sia alla Stazione Appaltante che alla Centrale di committenza per l'adeguamento[13]. Decorso inutilmente il termine, l'Autorità ha deliberato di impugnare gli atti della procedura.

Le difese dell'Amministrazione intimata hanno consentito al giudice di affrontare in maniera approfondita il tema della legittimazione ad agire dell'ANAC. Difatti la Stazione appaltante ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per *“insussistenza dei presupposti della legittimazione straordinaria dell'Autorità”*, poiché, da un lato le clausole contestate non avevano una portata escludente né incidevano sulla concorrenzialità della gara, dall'altro lato – secondo l'Amministrazione – non vi erano i presupposti per l'esercizio dell'autotutela, difettando l'interesse pubblico all'annullamento della procedura

Il giudice ha tuttavia ritenuto come gli atti impugnati dall'ANAC rientrassero tra quelli assoggettabili all'azione dell'Autorità *ex art. 211, co. 1-bis e 1-ter, d.lgs. n. 50/2016 e artt. 4 e 7 del Regolamento ANAC*. Inoltre, l'Autorità avrebbe fatto valere *“violazioni gravi delle regole della concorrenza nell'ambito del mercato dei servizi di committenza ausiliari e dello specifico mercato a cui attiene l'oggetto della procedura. Infatti l'individuazione dei soggetti ammessi a svolgere le attività di committenza ausiliarie attiene al più ampio assetto del mercato relativo a tali attività, nell'ambito del quale le modalità di affidamento sono determinate in considerazione anche della qualità rivestita dall'affidatario; allo stesso modo l'imposizione di specifici oneri a carico dei concorrenti e dell'aggiudicatario incide sulla partecipazione alla specifica procedura”*.

Ciò detto, il T.A.R. apertamente si sbilancia a favore della natura puramente soggettiva della giurisdizione affermando che l'art. 211, codice dei contratti pubblici, ha riconosciuto una legittimazione *ex lege* volta ad assicurare la tutela di *“interessi particolari e differenziati, eppure pubblici, di cui l’Autorità è portatrice”*, avallando, sostanzialmente, la teoria della soggettivizzazione di interessi dal carattere generale[14].

Infine il T.A.R. ha anche offerto interessanti spunti di riflessione sull'oggetto d'impugnazione in caso di azione proposta a seguito della diffida, *ex art. 211, co. 1-ter*, ad esercitare l'autotutela doverosa.

3. Brevi riflessioni conclusive sulla legittimazione “straordinaria” dell’ANAC.

Si avverte, a questo punto l'esigenza di soffermarsi ulteriormente sulla legittimazione straordinaria dell'ANAC, al fine anche di accertare se, effettivamente, con tale attribuzione non si sia inciso sulla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.

Per quanto si condividano le conclusioni del T.A.R., non sembra inutile, ai fini di un'accurata, se pur breve, analisi, muovere dalla ri-strutturazione dell'ANAC (per effetto dell'art. 19 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014 n. 114)[15], alla quale ha corrisposto il potenziamento del contrasto nazionale alla corruzione – in via preventiva – nel quadro di una concezione extra-nazionale, convenzionalmente condivisa[16], da cui ha preso le mosse l'idea politica della “prevenzione”, alla stregua di un fenomeno distorsivo della “funzione pubblica” (non esclusivamente nazionale). Il processo di inclusione di tale lotta negli interessi fondamentali pubblici da perseguire ha preso avvio con l'istituzione, dapprima, di una Commissione orbitante nell'ambito del Dipartimento della funzione pubblica (il primo dei soggetti contemplati nell'art. 12 del citato d.gs. n. 150 del 2009, coinvolti nel processo di “misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale delle amministrazioni pubbliche”).

Gli obiettivi, al tempo, erano, al primo apparire, solo latamente riconducibile al contrasto preventivo alla corruzione[17], essendosi arrivati soltanto per tratti successivi, alla sensibilizzazione agli aspetti funzionali e organizzativi della lotta preventiva a tale fenomeno.

Nella successione degli atti legislativi (come individuati nella nota che precede), emerge che, alla ri-denominazione dell'Autorità, si accompagna l'accentuazione della sua indipendenza, in conformità a quanto richiesto dalle norme stabilite dalle convenzioni internazionali, univoche nel ritenere essenziale al fine la creazione di Autorità nazionali, effettivamente “indipendenti”[18].

In conclusione, con il decreto del 2014, l'ordinamento ha reinventato un'Autorità indipendente “nuova”, in virtù della convergenza delle attribuzioni già proprie di differente Autorità (contestualmente soppressa), in tema di contratti pubblici, proprio per essersi accentuata la percezione della carica di aggressività della corruzione, tale da penetrare negativamente nel pubblico come nel sociale, con ripercussioni devastanti nell'economia del Paese.

L'evento/occasione è stata l'Expo Milano 2015.

L'effetto politico-istituzionale è stato la pressoché immediata configurazione legislativa di un'Autorità dotata di autonomia e poteri di regolazione ed *enforcement* che la collocano, nella funzione della lotta alla corruzione, in una posizione del tutto analoga a quella di altre Autorità, effettivamente "indipendente" nel contesto nazionale.

L'accostamento più immediato e naturale è all'AGCM, con la quale l'ANAC condivide il sostanziale obiettivo finale della crescita economica del Paese (incoraggiando comportamenti virtuosi pubblici e privati, nell'un caso; e, nell'altro, facendo sì da evitare e combattere comportamenti anticoncorrenziali), con parecchi punti in comune, ancorché differiscano le strategie in rapporto alla funzione specifica affidata alle due differenti Autorità: per l'ANAC la lotta preventiva, con strumenti amministrativi, alla corruzione; per l'AGCM, quella ai comportamenti anticoncorrenziali in funzione del "libero mercato" inteso come "*luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa*"^[19].

Accomunano entrambi, innanzitutto, il rango costituzionale e sovranazionale degli interessi assegnati alla loro cura: a) ciò vale per la "concorrenza per il mercato", che è "*di rango costituzionale ed europeo*"^[20]; b) ma vale altresì, a maggior ragione, per la lotta preventiva alla corruzione, a mente dell'innovato art. 97, co. 2, Cost., in relazione al co. 1, e degli impegni convenzionalmente assunti al riguardo dalla Repubblica italiana, in ambito sovranazionale^[21].

Per quello che interessa, inoltre, l'accostamento è ulteriormente circostanziato dal difetto, per l'una come per l'altra Autorità di poteri coercitivi, idonei a contrapporsi a provvedimenti amministrativi lesivi dell'interesse pubblico a ciascuna assegnato e, correlativamente, l'avvertita esigenza del legislatore nazionale di investire entrambe di una speciale legittimazione ad agire in giudizio, per l'impugnazione di provvedimenti amministrativi asseritamente illegittimi e lesivi degli interessi pubblici di titolarità di ciascuna^[22].

Il presente scritto impone, per la sua brevità, di esporre considerazioni di estrema sintesi, sicché, ci si limiterà a dire che l'ordinamento giuridico è duttile e aperto, per sua natura, alle istanze che provengono, in relazione ai tempi, da più parti; ne consegue che il passaggio dal "devi" al "puoi" (che caratterizza la derivazione, dal diritto oggettivo, di quello soggettivo) ha confini estremamente labili, in quanto esprime, in un dato momento storico, le connotazioni della "*organizzazione [...] di una data comunità sociale*" in un determinato periodo^[23].

Non sembra, pertanto, azzardata l'idea che – in forza del processo di osmosi fra differenti ordinamenti nazionali, strettamente collegata alla appartenenza all'Europa – il modello nazionale, attuale, di "giustizia amministrativa" derivi dalla convergenza di tre differenti modelli, ovvero, quelli francese, tedesco e inglese^[24], in un modello nuovo e originale, nel quale la pretesa di tutela nei riguardi di provvedimenti lesivi degli interessi legittimi pertinenti alla sfera giuridica soggettiva non ha, come presupposto essenziale – nella Carta Costituzionale – che la lesione si determini nella sfera soggettiva di un soggetto a priori qualificabile "privato", bensì, esclusivamente, che l'interesse da tutelare sia "proprio" ovvero appannaggio della sfera giuridica di chi ne promuove l'azione^[25].

Sebbene non fossero totalmente in errore quanti, prima della Costituzione repubblicana, propendevano per la natura oggettiva del processo amministrativo, indipendentemente da

talune connotazioni di soggettività della strutturazione processuale della tutela accordata al soggetto^[26], al più, induce a qualche perplessità che, dopo la Costituzione repubblicana, su tale convincimento abbiano insistito acuti conoscitori del “processo”, della sua strumentalità rispetto a posizioni sostanziali già definite dall’ordinamento e ai risvolti riparatori e attuativi della posizione soggettiva lesa^[27]. L’equivoco si deve, non già alle “connotazioni costituzionali” della tutela dell’interesse legittimo, siccome affidata ai giudici della “giustizia amministrativa”, quanto, piuttosto al persistente equivoco di un “interesse legittimo” privo di consistenza sostanziale, in quanto soltanto occasionalmente protetto. È questa la conseguenza del lungo “morare” del legislatore nazionale nel dare un convincente e ragionevole assetto processuale a tale “giustizia amministrativa”^[28], così differente, ma anche così strutturalmente coincidente con quella del “processo civile”, da avere quest’ultimo costituito, con il relativo codice, per lungo tempo, il punto di riferimento per ovviare alle scarse e talvolta inadeguate indicazioni provenienti dal corpo delle leggi e del regolamento del Consiglio di Stato, integrato, in parte minima, peraltro, dalla successiva legge del 1971, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali. Non si contano le riforme e integrazioni successive, le quali, in buona sostanza, sono valse ad aprire finalmente la strada al “nuovo” codice del processo amministrativo, dove l’accostamento al processo civile si enuncia, sin dall’art. 1, con riferimento alla generalità delle azioni disciplinate nel codice, nel quale, d’altra parte si rinviene un archetipo strutturale tipico della giurisdizione soggettiva, per nulla scalfito da talune connotazioni eccezionali di “ipotetica” giurisdizione oggettiva.

La riflessione è che, ancor prima del codice, l’impronta in senso soggettivo della giurisdizione – guidata dal precetto costituzionale e da talune riforme – è dovuta alle felici intuizioni dei giudici amministrativi: sfumature di oggettività non contano per qualificare il processo, così come non conta, nel processo civile, che taluni istituti evocano profili di giurisdizione oggettiva (quali la legittimazione del p.m. nelle cause di nullità assoluta dei negozi giuridici, o nelle cause relative a minori, o in tema di rapporti di famiglia e quant’altro). Nessuno dubita neppure del fatto che debba rinvenirsi attività giurisdizionale anche in quelle attribuzioni del giudice civile che evocano l’esercizio di poteri amministrativi, quali le attribuzioni nei procedimenti definiti di “volontaria giurisdizione”.

Ciò posto, per rispondere all’interrogativo principale, i due problemi, quello relativo alla legittimazione processuale e quello della natura del processo cui dà luogo l’esercizio di tale legittimazione, devono essere tenuti, almeno inizialmente, distinti.

Si tratta di due problemi che, trattati congiuntamente, infatti, lasciano indulgere alla tentazione di considerare consequenziale una sopravvenuta giurisdizione oggettiva del giudice amministrativo, nella materia contrattualistica pubblica, mentre, al contrario, tale sensazione svanisce ove si muova separatamente, dalle esigenze che hanno condotto il legislatore, procedendo per astrazione, a riconoscere, all’Autorità di cui si tratta, legittimazione processuale (straordinaria) in due puntuali ipotesi, nell’ambito della sua funzione preventiva di lotta alla corruzione, occasionata dai contratti pubblici: ossia, nelle due ipotesi contemplate dall’art. 211 del Codice dei contratti pubblici.

Sul primo aspetto rileva la considerazione che l’istituzione di un’Autorità implica l’attribuzione di “poteri” funzionalizzati, che assoggettano il titolare al “vincolo della legalità” nella duplice implicazione che ne deriva in relazione alla “indicazione-di scopo” ed al relativo “vincolo”^[29].

I “poteri” sono coessenziali all’autonomia accordata Autorità e vi si correlano strumenti di regolazione ed *enforcement* ai quali sono anche complementari poteri di controllo e sanzionatori, quest’ultimi, però, nella specie, limitati e inefficaci, per lo più, in quanto interlocutori sono, in linea generale, soggetti pubblici, anch’essi titolari di poteri: l’illegittimità emerge nella lesione di interessi propri degli operatori che vengono in contatto in occasione della procedura pubblica, se e nei limiti in cui richiedono tutela giurisdizionale; l’eventuale illiceità emerge in sede penale sub specie di “repressione” ed è quanto la “prevenzione” mira a evitare, per il freno che ne deriva alla fluidità del percorso produttivo.

La considerazione prima, “motrice” dell’ottica della “straordinarietà” nella quale si è mosso il legislatore nazionale, è che i “poteri” non generano “diritti” ed anzi, sono ad essi antitetici.

L’Autorità indipendente, nell’assetto ordinamentale nella quale è istituita, esercita il potere in adempimento di un “dovere giuridico e pubblico”, che ruota intorno a un interesse pubblico specifico; analogamente, i suoi apprezzamenti e le sue scelte “discrezionali” connotano “il potere”, sempre funzionalizzati e coessenziali alle attribuzioni e ai vincoli che ne derivano. Nell’ambito di tali poteri non è riconoscibile né quello di paralizzare i “poteri” di altre amministrazioni, né di agire in giudizio, per avversare la lesione dell’interesse pubblico che ne deriva, per effetto della violazione di puntuali regole di azione.

L’Autorità, espressione dell’organizzazione dell’Ordinamento che l’ha istituita, non ha neanche il “potere” di investire incidentalmente, il giudice delle leggi, nel corso di un proprio procedimento sanzionatorio, dello scioglimento del dubbio di costituzionalità di un atto legislativo^[30].

Ma, nei limiti in cui gli è consentito dalla Costituzione, l’ordinamento giuridico è in condizione di trovare il rimedio. Alla regola generale si contrappone l’eccezione “straordinaria”, ma questa, a sua volta, richiede meccanismi di successiva approssimazione.

Nel nostro caso essi si rendono necessari in quanto – sebbene i precetti costituzionali in tema di “giustizia amministrativa”^[31] non precludano *ex se* che posizioni di interesse legittimo suscettibili di tutela giurisdizionale possano anche sussistere in capo a soggetti pubblici - è nella natura stessa del “potere” pubblico che l’emersione di una posizione legittimante all’esercizio di un’azione in giudizio sia preceduta dalla “titolarità” di una posizione sostanziale che ne costituisce la fonte.

La legittimazione ad agire, infatti, è espressione del “diritto” di agire in giudizio, per la tutela di una propria posizione soggettiva, di “interesse legittimo” o di “diritto soggettivo” che sia.

Tale posizione non è rinvenibile, “ordinariamente”, in capo all’ANAC: la prevenzione della corruzione e la tutela della concorrenza sono interessi dei quali, essa non è titolare, essendone titolare direttamente ed esclusivamente lo Stato, per cui, di converso, l’ANAC non può avere, al riguardo, né interessi legittimi, né diritti soggettivi che possano subire lesione da parte di differenti “poteri”, a maggior ragione non può essere titolare di diritto di azione e trovarsi in una posizione di legittimazione processuale.

È qui che l’ordinamento interviene, comportando:

a) l'oggettivazione dell'interesse; ed è questo davvero l'aspetto più difficile da sviscerare, in quanto né il legislatore né la sentenza in esame, né altrimenti, dottrina e giurisprudenza, lo hanno, invero, risolto, a differenza dell'ipotesi analoga - relativa all'AGCM - in cui la strada è stata spianata dallo stesso legislatore con espressa proposizione; nel nostro caso sembrerebbe che ad essere oggettivato sia l'interesse alla legalità (sub-specie di lotta alla corruzione) e alla tutela della concorrenza, rispetto al quale il legittimo espletamento della procedura concorsuale costituisce un aspetto complementare e l'occasione diretta, in caso di sua illegittimità, della lesione che ne deriva alla sfera soggettiva del titolare dell'interesse alla prevenzione alla corruzione, che ne è sostanzialmente compromesso;

b) in tale passaggio ideale, la titolarità della funzione diverrebbe, dunque, l'occasione, perché, l'interesse predetto, disancorato dalla "funzione", possa articolarsi nelle sue componenti, fra le quali coesenziale, la legittimità della procedura concorsuale, prodromica al conseguimento della "efficienza" dell'amministrativa, nella quale si realizza il canone fondamentale di cui all'art. 97 Cost.;

c) l'attribuzione della legittimazione straordinaria ad agire, nelle due ipotesi contemplate nei commi 1-*bis* e 1-*ter* sopra specificati, chiude il quadro delle approssimazioni che "il diritto oggettivo" si è visto costretto a compiere per giungere al fatidico "puoi" del sillogismo normativo.

Ma risulta, poi, chiaro che, una volta messo a punto tale percorso, il legislatore non ha inteso modificare né le connotazioni strutturali del processo amministrativo, né i poteri giurisdizionali del giudice amministrativo, in quanto entrambi restano tali e quali, con le connotazioni proprie del giudizio a istanza di parte e i limiti, anche, che ne derivano, alle parti e al giudice, nell'esercizio del potere giurisdizionale, secondo gli ordinari criteri che governano tale giudizio.

Sintomatico, al riguardo, è che le due norme che prevedono l'azione – sia pure problematiche, per taluni profili, nelle loro implicazioni sostanziali – non introducano alcuna eccezione alle ordinarie regole del processo, neanche per ciò che riguarda la sospensione dei termini processuali nella fase prodromica delineata nel comma 1-*ter*[32].

L'attribuzione della straordinaria legittimazione, nelle due differenti ipotesi consente, dunque che l'ANAC ricorra contro i provvedimenti asseritamente illegittimi della stazione appaltante, non diversamente di come sono legittimati a fare – sussistendone i presupposti – i concorrenti ipoteticamente lesi, senza che le particolarità del caso incidano sul potere giurisdizione esercitato dal giudice amministrativo, che eserciterà il controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento impugnato, *more solito*, sulla base delle deduzioni delle parti e del principio di disponibilità tipico della giurisdizione soggettiva.

In altri termini, le particolarità che ineriscono ai presupposti di tale legittimazione, non ne snaturano le connotazioni.

Eventuali sintomi di emergente oggettivazione di tale giurisdizione – seppure in taluni casi innegabili – andranno ricercati altrove.

Qui si è al cospetto di un interesse che è per sua natura pubblico ma che costituisce il “presupposto” della legittimazione straordinaria, ovvero la prevenzione della corruzione, compromette la funzionalità di ogni intervento pubblico.

Sarebbe un grave errore accostare il fenomeno ai casi in cui è accordata legittimazione in funzione di tutela di interessi diffusi. Non vi è alcun dubbio, infatti, che l’interesse sia pubblico e che gli eventuali collegamenti sociologici e morali non ne mutino in alcun modo le connotazioni.

Marcatamente la necessità di conferire una legittimazione processuale straordinaria all’ANAC è il riflesso di lacune che i mutati assetti hanno determinato nel sistema dei controlli, all’origine facenti capo alla Corte dei conti, nel pensiero dei padri costituenti^[33].

Quello che vi è di nuovo e di originale, nella attribuzione della legittimazione straordinaria all’ANAC, non è un mutato modo di concepire la giustizia amministrativa, quanto piuttosto nell’aver integrato, in funzione di controllo collaborativo, le opportunità di intervento dell’ANAC, tramite un’azione in giudizio, rispondente ai canoni tipici dell’azione amministrativa, soltanto con un presupposto in più, nell’ipotesi contemplata, dal più volte citato comma 1-ter.

[1] Tra gli autori che hanno affrontato il tema si segnalano M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2016; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2016 e Id., *Il nuovo precontenzioso ANAC. I pareri e le raccomandazioni vincolanti ex art. 211 del nuovo codice*, Roma, 2017; L. Torchia, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 5, 2016, pp. 503 e ss.; E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, nn. 8-9, 2016, pp. 874 e ss.; F. Goisis, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell’ANAC ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1, 2017, p. 421.

[2] In particolare, il Consiglio di Stato, con il parere n. 855/2016 ha evidenziato come il precedente comma 2 ponesse delle criticità sotto il profilo della “compatibilità con il sistema delle autonomie, in quanto introduce[va] un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta con la sentenza 14 febbraio 2013, 20, pronunciata sull’art. 21 bis della legge n. 287/1990”. Non solo, perché, prosegue il Consiglio di Stato, sul piano della ragionevolezza e del principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi, si sarebbe creata una sorta di responsabilità da atto legittimo, ove la P.A. non si fosse conformata alla raccomandazione.

Inoltre con il parere n. 2777/2016, è stato anche sottolineato come la sanzione prevista in caso di mancato adeguamento alla raccomandazione dell’ANAC, colpendo solo e unicamente il dirigente, creava delle difficoltà sistematiche di compatibilità con il principio di responsabilità personale ex art. 3, co. 1, l. n. 689/1981. Ancora, ulteriori (e condivisibili) criticità erano segnalate in ragione del procedimento di vigilanza che si sarebbe venuto a creare, di difficile inquadramento all’interno del sistema e delle garanzie di diritto amministrativo.

[3] Regolamento sull’esercizio dei poteri di cui all’art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., approvato il 13 giugno 2018.

[4] La disposizione trova, poi, specificazione, negli artt. 3-5 (Capo II) del Regolamento ANAC del 13 giugno 2018.

[5] Il Consiglio di Stato, in sede di parere reso sullo schema di Regolamento dell’ANAC, ha apprezzato lo “sforzo” della previsione regolamentare di qualificare i contratti di “rilevante impatto”. Tuttavia l’elencazione fatta dall’ANAC al co. 2, dell’art. 3 del Regolamento lascia ancora qualche interrogativo, in quanto rimangono ancora dei tetti abbastanza elevati per l’individuazione dei contratti rilevanti sotto il profilo economico (“*lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro*”) e – come osserva il Consiglio di Stato in sede consultiva – “*risulta per contro generico e poco chiaro il richiamo operato ai fini della qualificazione di “contratti di rilevante impatto” al potenziale elevato*”.

numero di operatori; ugualmente oscuro, generico e fonte di equivoco appare anche il riferimento – sempre ai fini qualificatori in discussione – ai “contratti riconducibili a fattispecie, criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti?”.

[6] Per un’ampia e recente disamina dell’istituto si veda N. Pica, *La tutela processuale dell’interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell’AGCM*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3, 2019, pp. 807 e ss.

[7] Anche questa disposizione è poi dettagliata dal Regolamento ANAC del 2018 negli artt. 6-10 (Capo III).

[8] La fattispecie procedimentale disciplinata dall’art. 21-bis, l. n. 287/1990 sembrerebbe prevedere un parere-diffida dell’AGCM con portata conformativa e vincolante nei confronti dell’Amministrazione destinataria. Sicché, in dottrina, è prevalente l’idea che oggetto del giudizio sia la verifica della legittimità dell’atto individuato – tramite parere – come illegittimo dall’Autorità procedente, con l’ulteriore conseguenza che l’eventuale atto adottato dall’Amministrazione non sarà oggetto esclusivo del giudizio, ma solo elemento della valutazione complessiva del giudice. Sul punto M. Clarich, *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della L. n. 287/1990*, in *giustizia-amministrativa.it*. Anche se, B.G. Mattarella, *ricorsi dell’Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, qualifica il parere espresso dall’AGCM come un “invito” all’esercizio del potere di autotutela da parte dell’Amministrazione.

Con riferimento all’art. 211, co. 1-ter, d.lgs. n. 50/2016 sembra essere prevalente la tesi che individua nel parere una vera e propria diffida “produttiva di un obbligo di provvedere in ordine alla richiesta di autotutela” (M. Lipari, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell’Anac*, in *giustizia amministrativa.it*), come confermato, d’altronde, dal Consiglio di Stato in sede consultiva (parere n. 1119/2018). Di talché, il giudice – almeno laddove l’amministrazione non sia rimasta inerte – dovrebbe anche valutare se sussistono o meno i presupposti per l’esercizio del potere di annullamento in autotutela da parte della Stazione Appaltante. Cfr. S. Tuccillo, *La legittimazione processuale delle Autorità Indipendenti. Il caso Anac*, in *P&A Persone e Amministrazione*, n. 2, 2019, pp. 197 e ss.

[9] Non secondo S. Tuccillo, *op. cit.*, che distingue a seconda se impugnino atti generali o atti puntuali. Nel primo caso emergerebbe la funzione oggettiva della giurisdizione, mentre, nella seconda ipotesi, ci sarebbe sempre “la tutela indiretta di soggetti individuati o individuabili”.

[10] Ossia la fattispecie tracciata da V. Cerulli Irelli, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2014, per la definizione dell’ipotesi di legittimazione oggettiva, laddove ha precisato che “con la nozione di legittimazione “oggettiva” ad agire, mi riferisco in queste note, ai casi, molteplici nel nostro ordinamento processuale, nei quali determinati soggetti, in virtù di espressa previsione di legge, ovvero della loro posizione istituzionale nell’ambito dell’ordinamento, possono adire il giudice amministrativo (esercitando l’una o l’altra delle azioni ammissibili) per la tutela di interessi generali (pubblici) di cui sono portatori; cadendo dunque, in tali casi, il carattere prettamente “soggettivo” del processo amministrativo, come quello inteso alla tutela di situazioni soggettive protette (diritti e interessi legittimi: artt. 103, 113, Cost.), la cui sussistenza in concreto, deve essere rappresentata preliminarmente al giudice ai fini dell’esercizio dell’azione. La previsione di casi di legittimazione “oggettiva” non comporta affatto, come si mostra in queste note, che il processo assuma caratteri “di diritto oggettivo” (che in qualche caso si rinvergono anche nel processo amministrativo, del tutto a prescindere dai casi di legittimazione “oggettiva”)”.

Parzialmente diversa l’opinione di M.A. Sandulli, *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2017 che individua indici dell’oggettivizzazione della giurisdizione nella legittimazione ad agire delle Autorità Indipendenti e di alcune amministrazioni centrali (MIUR e MEF in particolare). In altro precedente scritto l’A. tenta di individuare quale potrebbe essere l’interesse “soggettivizzato” di cui sarebbe portatore l’AGCM, interrogandosi sulla compatibilità con il dettato costituzionale (art. 103) della fattispecie dell’art. 21-bis (M.A. Sandulli, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *anticorruzione.it*, 2013).

Tuttavia, in più di un’occasione la giurisprudenza si è espressa sulla compatibilità con l’art. 103 dell’azione descritta dall’art. 21-bis, l. n. 287/1990 (su tutte si veda la sentenza della Corte Cost., 14 febbraio 2013, ma anche T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720).

[11] Cons. stato, parere n. 1119/2018 reso sullo schema di Regolamento sull’esercizio dei poteri dell’Autorità Nazionale Anticorruzione di cui all’art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

[12] Sia consentito rinviare a quanto detto in un proprio precedente scritto *Rapporto tra Ricorso principale e ricorso incidentale in materia d’appalti: profili oggettivi della giustizia amministrativa e integrazione europea*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4, 2017, in particolare p. 1447 e s.

Cfr. sul tema M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell’amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Studi centenario IV sezione*, II, Roma, 1989, p. 574, che trattando di legittimazione oggettiva, per scelta legislativa, parla di emersione “nell’area del pubblico, di un pubblico non statale ma sociale, che trae la sua posizione e la sua legittimazione

dei suoi collegamenti funzionali con gli interessi e le forze della società”, ovvero sia di formazioni sociali nelle quali si aggregano interessi diffusi, legittimate *ex lege* a tutelare detti interessi in sede giurisdizionale.

[13] Come emerge dalla casistica, l'ANAC ha sempre preferito utilizzare lo schema a doppio stadio, in luogo dell'impugnazione in via diretta, anche laddove si trattava di contratti di importanza rilevante secondo il Regolamento ANAC. D'altra parte è anche una scelta ragionevole che, prudenzialmente, mette al riparo l'Autorità da possibili eccezioni d'inammissibilità per non aver adottato la previa diffida nei confronti della Stazione Appaltante in presenza di appalti dalla non chiara riconducibilità alle ipotesi dell'art. 3, co. 2 del Regolamento. Cfr. S. Tuccillo, *op. cit.*, spec. pp. 196 e ss.

[14] Si legge, infatti, nella sentenza che *“tale legittimazione, attribuita direttamente dalla legge, è volta infatti ad assicurare tutela agli interessi particolari e differenziati, eppure pubblici, di cui l'Autorità è portatrice, legati alla corretta applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici e, di conseguenza, alla piena ed effettiva realizzazione degli obiettivi posti dal legislatore con la citata disciplina, consentendo alla stessa di agire al fine di ristabilire la legalità violata (con una particolare configurazione, quindi dell'interesse ad agire) a prescindere dall'iniziativa di singoli concorrenti che lamentino una lesione diretta e immediata della loro sfera giuridica”*. A supporto il T.A.R. richiama la recente pronuncia del Consiglio di Stato n. 6787 del 2020 ove si legge che *“legittimazione a ricorrere attribuita per legge all'Anac si inserisce nel solco di altre fattispecie di fonte legislativa che in passato hanno riconosciuto alle autorità indipendenti il potere di agire in [...] e non può essere qualificata nemmeno come legittimazione straordinaria o eccezionale rispetto al criterio con cui si identifica la condizione dell'azione rappresentata dall'interesse ad agire o a ricorrere, ossia il collegamento dell'interesse a ricorrere con la titolarità (o l'affermazione della titolarità) di un interesse tutelato dall'ordinamento sul piano sostanziale. Collegamento soggettivo che, nel caso di specie, si instaura senz'altro tra l'Autorità e gli interessi e funzioni pubbliche che la legge affida alla sua cura; questi non hanno ad oggetto la mera tutela della concorrenza nel settore [concorrenza per il mercato], ma sono più in generale orientati - per scelta legislativa e configurazione generale di questa Autorità, come ricavabile dalle sue molte funzioni - a prevenire illegittimità nel settore dei contratti pubblici (tanto che la norma primaria dice solo che la ragione dell'azione sta nella violazione di «le norme in materia di contratti pubblici»), anche indipendentemente da iniziative o interessi dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di gara (il cui interesse è piuttosto individuale, non generale come quello curato dall'Anac, ed è diretto al bene della vita connesso all'aggiudicazione, sicché esso - soprattutto nella fase della indizione della gara - non sempre coincide con gli interessi curati dall'Anac, come sopra ricordato: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4 del 2018 cit., al punto 19.3.5.). L'Anac, pertanto, è titolata a curare anche in giustizia, seppure nei termini generali e nelle forme proprie del processo amministrativo, gli interessi e le funzioni cui è preposta dalla legge e sintetizzate dai precetti di questa: perciò le è consentito (anche) di agire in giudizio seppur nei limiti segnati dall'art. 211 e dal suo regolamento (così anche la citata pronuncia della Adunanza Plenaria, n. 4 del 2018, che - pur qualificando il potere di agire ex art. 211 cit. come un caso di «legittimazione processuale straordinaria» - precisa che «la disposizione di cui all'art. 211 del d.lgs n. 50/2016 [non] si muove nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse [...] a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all'Autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell'interesse della legge”*.

[15] Come è noto, con il citato art. 19, d.l. n. 90 del 2014 (convertito, con modificazioni, con la l. n. 114 del 2014), all'ANAC sono state (fra l'altro) fatte transitare le originali attribuzioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 163 del 2006 e ss.mm.ii.

[16] Si ricordano, al riguardo, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione (1997), la Convenzione del Consiglio d'Europa per il contrasto della corruzione (1999), la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione cd. UNCAC (2003).

[17] Per dare conto di tale evoluzione, non sembra inutile ricordare che l'attuale Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), è una derivazione della originaria *“Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche”* istituita con d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (attuativa della l. 1 marzo 2009 n. 15), all'art. 13, quale *“soggetto”* (il primo e più importante fra quelli previsti dall'art. 12 dell'anzidetto d.lgs.) del processo di misurazione e valutazione della *performance*, nel quadro degli obiettivi enunciati, nell'art. 1, co. 2, ovvero *“una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi”*. Tale Commissione si è trovata, poi, a operare quale Autorità nazionale anticorruzione, ai sensi dell'art. 1, l. 6 novembre 2012, n. 190, restando, tuttavia, poco più che un organo del Dipartimento della funzione pubblica (tale profilo viene segnalato come *“significativo”* in R. Cantone, F. Merloni, *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, p. 2). Successivamente, il d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (convertito con modificazioni in l. 30 ottobre 2013, n. 125) ha parzialmente avviato al vuoto di indipendenza dell'anzidetta Autorità, e l'ha rinominata, *“Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (A.N.A.C.)*, sempre, però, inquadrata nel solco degli obiettivi *“funzionali”* dell'organizzazione dell'Amministrazione pubblica, come positivamente messi a fuoco dall'anzidetta legge n. 15 del 2009.

[18] In questo senso è anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione.

[19] Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

[20] Cons. Stato, Ad. plen., sent. N. 4 del 2018, punto 10.3.5. cit.

[21] Specificamente, sul punto, il Group of States Against Corruption (GRECO) del Consiglio d'Europa, al quale l'Italia ha aderito sin dal 1997, proprio con riferimento alla incidenza della corruzione sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ha specificamente suggerito che la regolazione delle procedure concorsuali relative ai contratti pubblici, coniughino la tutela della concorrenza e del mercato con il contrasto alla corruzione e alle infiltrazioni della criminalità organizzata. Sul punto, 43° riunione plenaria tenutasi a Strasburgo il 29 giugno/2 luglio 2009. In argomento, per una visione, anche di diritto comparato, della materia della corruzione e della sua incidenza sull'economia, F. Montedoro, S. Brunelli, A. Buratti, *LA CORRUZIONE Definizione, misurazione e impatti economici*, Roma, 2013.

[22] In evidenza, sul punto, da un lato, l'art. 21-*bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dall'art. 35, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, che ha attribuito all'AGCM la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato; e, dall'altro, l'art. 211, co. 1-*bis* e 1-*ter*, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), aggiunti dall'art. 52-*ter*, del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 (Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo), convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, i quali hanno conferito, a loro volta, all'ANAC la legittimazione ad agire in giudizio, nelle due differenziate ipotesi contemplate nei due commi citati, lasciando (con il successivo comma 1 *quater*) alla stessa ANAC, di individuare con proprio regolamento, i casi, o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercitare i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter* comma (ora messi a punto con i citati).

[23] S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, § 26.

[24] Si segnala, per un approfondimento delle differenti configurazioni, B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 74-85.

[25] Ciò è stato ampiamente, potrebbe dirsi fin troppo, sviscerato da dottrina e giurisprudenza e finché, dal giudice delle leggi.

[26] S. Spaventa, *Discorso per l'inaugurazione della IV Sezione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, p. 310.

[27] G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 358.

[28] Come è noto ciò ha avuto, finalmente, luogo con l'adozione del “nuovo” codice del processo amministrativo, (avvenuta con d.lgs. Decreto legislativo, 2 luglio 2010, n. 104), rivelatosi, sin dal suo apparire, bisognoso di “correttivi” e tuttora in divenire nonché non ancora adattato a esigenze processuali delineatesi ancor prima della sua emanazione. Si pensi, alla c.d. “*class action* amministrativa” (di cui d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198) - non a caso evocata, in tanti commenti sulla legittimazione “straordinaria” delle Autorità indipendenti, in forza della rinvenuta assonanza con la legittimazione riconosciuta al singolo appartenente al “gruppo”, la cui base analogica è stata tratta dalla inclusione dell'interesse pubblico alla efficienza, nella sfera soggettiva, per il tramite della costituzionalizzazione della sussidiarietà orizzontale - che non trova una sua puntuale collocazione processuale, ancorché accordata prima della adozione dell'anzidetto c.p.a.

[29] Per un approfondimento su tali nozioni, C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

[30] In questo senso, *mutatis mutandis*, la sentenza della Corte Cost. 31 gennaio 2019, n. 13, indica principi di portata generale in ordine alla inammissibilità di una questione incidentale di legittimità, sollevata dall'AGCM, nell'ambito di un proprio procedimento sanzionatorio, mancando in questo i connotati del procedimento giurisdizionale.

[31] Art. 103, co 1, in coordinata lettura con gli artt. 24 co. 1, 111, co. 3, 113 e 125 co. 2, Cost., sulla cui interpretazione, ai fini della legittimazione processuale attiva anche di pubbliche amministrazioni, si sono troppo addentrati dottrina e giurisprudenza, perché si trovi altro da dire, in questo breve spazio.

[32] Viene di ricordare, al riguardo, l'esplicito avvertimento sul rispetto dei termini processuali che il Consiglio di Stato ha fatto all'Autorità nel parere n. 1119/2018.

[33] Interessanti, sul rapporto Corte dei conti/organizzazione pubblica e correlativo rispetto della legalità, i contributi, fra gli altri di A.M. Sandulli, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, cit. in ordine alla funzione di raccordo - assegnato al controllo neutrale dei risultati - fra Potere esecutivo e Potere legislativo, in tema di indirizzo politico-legislativo, ma anche, A. Police, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in *Archivio documenti Giustizia Amministrativa*, 2017, V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, V. Tenore (a cura di), Milano, 2018.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1696 – 26 aprile 2021

Il lavoro agile nelle rinnovate logiche del sistema produttivo

di Gianni Toscano

Sommario: 1. Il lavoro agile quale paradigma del moderno sistema produttivo. - 2. (*segue*) Le (apparenti) differenze con il c.d. telelavoro. - 3. Il contenuto dell'accordo individuale: il luogo di svolgimento della prestazione e l'esercizio dei poteri datoriali. - 4. Orario di lavoro e diritto alla disconnessione nell'ordinamento interno e nell'esperienza francese e spagnola. - 5. Il trattamento economico e normativo. - 6. Il diritto di recesso dall'accordo di lavoro agile. - 7. La tutela della salute e sicurezza dello *smart worker*. - 8. Riflessioni conclusive (anche) alla luce dell'attuale contesto pandemico.

1. Il lavoro agile quale paradigma del moderno sistema produttivo.

L'epoca attuale è permeata da un incessante processo di digitalizzazione, il cui raggio d'azione sta progressivamente assumendo latitudini sempre più ampie.

In questa sede, non essendo possibile effettuare una generale disamina del fenomeno - che meriterebbe ulteriori riflessioni anche sul piano sociologico ed economico - si tenterà di metterne in rilievo l'impatto sull'attività d'impresa e, soprattutto, sui rapporti di lavoro^[1].

Il modello di "Impresa 4.0" rappresenta l'ultima tappa del processo evolutivo delle attività industriali^[2], in cui si registra un'intensa interazione tra uomo e macchina, mediata

dall'utilizzo di sistemi informatici sempre più sofisticati ed in grado di gestire un considerevole flusso di dati e informazioni^[3].

È in tale contesto che si fanno sempre più strada le c.d. intelligenze artificiali, attraverso la creazione di *robot* capaci di interagire con gli esseri umani e di sostituirsi ad essi nello svolgimento di talune attività lavorative^[4].

A partire dagli anni novanta del secolo scorso, stiamo, infatti, assistendo ad un progressivo sviluppo tecnologico^[5] che ha dato vita a quella che in dottrina è stata definita “società telematica”, “destinata a sostituire quella industriale e i suoi metodi di produzione e a ridurre in modo vistoso il lavoro umano”^[6].

Una significativa tappa del processo evolutivo in atto, da valutare in termini positivi, è rappresentata dall'approvazione della l. 22 maggio 2017, n. 81, recante “*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi di lavoro subordinato*”, che disciplina, *inter alia*, il c.d. “lavoro agile”, anche noto come “*smart working*”^[7].

Il lavoro agile, applicabile anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, ben lungi dal rappresentare una nuova tipologia contrattuale, costituisce una modalità di svolgimento della prestazione lavorativa sganciata dai tradizionali schemi legati a precisi orari e luoghi di lavoro^[8].

In chiave ricostruttiva, unitamente al telelavoro e al lavoro tramite piattaforme digitali, può essere considerata una *species* del più ampio *genus* del c.d. “lavoro a distanza” (o “da remoto”)^[9].

Quanto alla disciplina, preliminarmente, non può farsi a meno di rilevare la singolare scelta del legislatore di collocarla all'interno della l. n. 81/2017, che, com'è noto, è stata emanata per disciplinare in maniera organica il lavoro autonomo imprenditoriale^[10].

Un ulteriore aspetto da mettere sin da subito in rilievo^[11] è rappresentato dall'espresso riferimento agli accordi fra le parti individuali del rapporto per la definizione di modalità essenziali di svolgimento dello stesso, quali, a titolo esemplificativo: l'individuazione del luogo di svolgimento della prestazione, l'individuazione e la distribuzione dell'orario di lavoro, le modalità dei relativi controlli.

L'attribuzione di queste decisioni all'autonomia individuale, piuttosto che a quella collettiva, rappresenta una significativa novità per il nostro ordinamento.

Guardando più da vicino alle disposizioni relative al lavoro agile, l'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 81/2017 chiarisce che le finalità della disciplina in esame sono quelle di “*incrementare la competitività*” e “*agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*”.

Quanto al primo obiettivo, diretta espressione del principio della libertà di iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*, non v'è dubbio che esso risponda ad esigenze imprenditoriali, posto che la modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, per i suoi effetti positivi sulla salute del lavoratore, può certamente consentire un vantaggio per l'azienda in termini di produttività e raggiungimento degli obiettivi aziendali.

Il secondo obiettivo, da intendersi quale manifestazione dei principi costituzionali posti a tutela del lavoratore (artt. 2, 3, 4 e 35 Cost.), risponde invece all'esigenza di attuare politiche del lavoro c.d. *family friendly*, volte a favorire modelli organizzativi che, consentendo la conciliazione tra vita lavorativa e vita privata^[12], contribuiscono al benessere psico-fisico del lavoratore^[13].

Alla luce delle predette finalità, dunque, il lavoro agile si traduce in un reciproco vantaggio (*win-win*) per l'impresa e il lavoratore^[14].

Il medesimo comma, inoltre, nel prevedere che le disposizioni del Capo II “*promuovo il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti*”, da un lato, circoscrive l'ambito di applicazione ai soli rapporti di lavoro *ex art. 2094 c.c.*^[15] e, dall'altro prevede che le concrete modalità del lavoro agile debbano essere stabilite mediante accordo individuale tra le parti, che deve essere stipulato per iscritto “*ai fini della regolarità amministrativa e della prova*” e può avere una durata determinata o indeterminata^[16].

2. (segue) Le (apparenti) differenze con il c.d. telelavoro.

La disamina del lavoro agile non può però prescindere da alcune (sia pur brevi) preliminari considerazioni in merito al c.d. telelavoro, definito come “*una forma di organizzazione e/o svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa*”^[17].

Invero, queste due forme di lavoro, sebbene non risultino perfettamente sovrapponibili, presentano talune analogie^[18].

Muovendo dai tratti non comuni, si osserva che, mentre nel lavoro agile (come si vedrà meglio *infra*) la prestazione lavorativa viene svolta solo parzialmente all'esterno dell'azienda e senza postazione fissa, nel telelavoro viene svolta regolarmente al di fuori dei locali aziendali.

Tuttavia, come sostenuto da parte della dottrina, l'assenza di una postazione fissa non sembra determinante ai fini distintivi tra le due figure, in quanto “non esiste alcun dato normativo, interno o esterno all'ordinamento giuridico italiano, che induca a individuare nella presenza o meno di una postazione fissa il tratto distintivo tra le due fattispecie”^[19].

Semmai, sul piano normativo, potrebbe ravvisarsi una differenza in ordine all'utilizzo di strumentazioni informatiche nello svolgimento dell'attività lavorativa, non necessario nell'ambito delle prestazioni di lavoro agile^[20].

Invero, le differenze tra il lavoro agile e il telelavoro sembrerebbero più apparenti che reali, ad eccezione di due ipotesi del tutto marginali: a) la prestazione viene svolta all'esterno dell'azienda senza l'utilizzo della strumentazione tecnologica; b) l'alternanza tra lavoro in azienda e in altre sedi risulti occasionale, dal momento che la “regolarità”, da intendersi come “ripetitività” o “continuità”, costituisce un elemento caratterizzante del telelavoro.

Pertanto, è possibile ritenere che il lavoro agile rappresenti “un altro modo di chiamare il telelavoro subordinato”^[21], con tutto ciò che ne consegue sul piano della disciplina applicabile.

3. Il contenuto dell'accordo individuale: il luogo di svolgimento della prestazione e l'esercizio dei poteri datoriali.

L'accordo individuale deve contenere la disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali (art. 19, comma 1)^[22].

La disposizione deve però essere letta in combinato disposto con il primo comma dell'art. 18, in cui si stabilisce non soltanto che tale modalità di esecuzione può essere realizzata “*anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa*”, ma anche (e soprattutto) che “*la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*”.

Con riferimento al luogo di svolgimento del lavoro agile (all'esterno dell'azienda e senza una postazione fissa), parte della dottrina^[23] ritiene che l'assenza di precisi vincoli relativi al luogo di lavoro e alla postazione fissa comporti l'impossibilità di prevedere un obbligo, in capo al lavoratore, di svolgere la prestazione in una determinata sede, con la conseguenza che questa debba invece essere rimessa alla libera scelta del lavoratore.

Tuttavia, anche alla luce dell'art. 1182 c.c., risulta maggiormente condivisibile ritenere che il luogo di lavoro debba essere identificato dalle parti, facendo ricorso anche a una elencazione delle possibili sedi, così da consentire al lavoratore di scegliere il luogo tra quelli oggetto di accordo, previa comunicazione al datore di lavoro^[24].

L'accordo disciplina l'esecuzione del lavoro agile, “*anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore*” (art. 19, comma 1), e deve altresì regolamentare “*il potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni*” (art. 21, comma 1), nonché “*le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinare*” (art. 21, comma 2).

Al riguardo, la scelta di rimettere ad un'intesa tra le parti anche l'esercizio dei poteri datoriali necessita di talune precisioni, per (tentare di) fornire un possibile inquadramento sul piano ricostruttivo.

Quanto all'esercizio del potere direttivo, è la stessa eterodirezione sottesa al rapporto che esclude una possibile ingerenza del lavoratore nell'esercizio di siffatto potere datoriale, anche laddove attuata mediante apposita pattuizione inserita all'interno dell'accordo individuale.

Pertanto, il riferimento “*alle forme di esercizio del potere direttivo*” non dovrebbe essere inteso in senso sostanziale, ossia relativo al contenuto degli ordini e delle direttive (che rimangono ad

esclusivo appannaggio datoriale), ma sul piano formale, ossia tendenzialmente legato alle modalità estrinsecative dello stesso, soprattutto in ragione dello svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali dell'azienda.

Anche il riferimento all'esercizio del potere di controllo necessita di talune precisazioni in chiave ermeneutica, specie alla luce dell'espresso rinvio alle previsioni di cui all'art. 4 Stat. lav.

Com'è noto, il primo comma dell'art. 4 St. lav. prevede che gli strumenti dai quali possa derivare la possibilità di un controllo a distanza dell'attività lavorativa possono essere installati e utilizzati, previo accordo collettivo, stipulato dalla RSU o dalle RSA, esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale.

Tuttavia, il secondo comma dell'art. 4, stabilisce che la predetta previsione non si applica per gli “*strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*”.

Tra i limiti imposti dall'art. 4 St. lav., è inoltre previsto che le informazioni raccolte siano utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, a condizione che sia data al lavoratore “*adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli*” e nel rispetto di quanto previsto dalla disciplina in materia di *privacy*.

Al riguardo, si deve osservare che gli strumenti tecnologici utilizzati dal lavoratore, seppur utilizzati per rendere la prestazione di lavoro e finalizzati al raggiungimento dell'obiettivo della conciliazione vita-lavoro, possono al contempo consentire un controllo datoriale sull'attività lavorativa^[25].

Si pensi, ad esempio, ai *software* che permettono il collegamento da remoto ai *server* dell'azienda.

Pertanto, alla luce della evidente difficoltà di tracciare un sicuro discrimine tra l'area dei controlli a distanza suscettibili di autorizzazione preventiva per giustificate ragioni aziendali e quella esonerata da tali vincoli^[26], nonché della giurisprudenza formatasi in argomento^[27], desta non poche perplessità la scelta del legislatore di non prevedere che l'utilizzo di taluni strumenti tecnologici nel lavoro agile formi oggetto di specifico accordo collettivo.

Infine, con riferimento all'individuazione delle condotte connesse alla prestazione di lavoro agile e che possono dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, si ritiene che la stessa non possa comunque assumere carattere tassativo, dovendosi pur sempre integrare con le previsioni della contrattazione collettiva di riferimento e con le ulteriori disposizioni di carattere generale in materia (ad es. art. 2119 c.c.).

4. Orario di lavoro e diritto alla disconnessione nell'ordinamento interno e nell'esperienza francese e spagnola.

Per quanto concerne l'orario di lavoro, l'inciso “*senza precisi vincoli di orario*” non può essere inteso come totale assenza di limiti, in considerazione del fatto che la stessa disposizione

prevede che la prestazione debba essere resa “entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”.

Al riguardo, l’art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 66/2003, stabilisce che “ai lavoratori la cui durata dell’orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell’attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi”, tra i quali rientra il c.d. “telelavoro”, non si applicano le disposizioni dettate in tema di: orario normale di lavoro (art. 3), durata massima dell’orario di lavoro (art. 4), lavoro straordinario (art. 5), riposo giornaliero (art. 7), pause (art. 8), modalità di organizzazione del lavoro notturno e obblighi di comunicazione (art. 12) e durata del lavoro notturno (art. 13).

Tuttavia, tale disciplina derogatoria non trova applicazione in relazione alle prestazioni di lavoro agile, ad eccezione di quanto previsto dall’art. 3 sull’orario normale di lavoro^[28].

In quest’ottica, pare condivisibile l’opinione di chi ritiene che l’applicazione dei soli limiti di durata massima non deve essere intesa come una verifica sull’effettivo svolgimento della prestazione da parte del lavoratore entro la durata temporale stabilita, ma piuttosto nel senso di assicurare che tali limiti non vengano superati^[29].

Aderendo a tale prospettiva, è possibile affermare che l’individuazione ex art. 19, comma 1 dei tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (c.d. diritto alla disconnessione), sia finalizzata a garantire proprio l’osservanza dei limiti di durata massima dell’orario di lavoro.

Invero, il diritto alla disconnessione ha lo scopo di evitare che il lavoratore sia esposto a una reperibilità costante^[30].

Al riguardo, preme osservare che i moderni strumenti tecnologici, seppur in grado di migliorare l’efficienza della prestazione lavorativa, risultano potenzialmente idonei a incidere negativamente sulla salute del lavoratore (es. sindrome di *burn-out*, *overworking*, ecc.), vanificando l’esigenza della conciliazione vita-lavoro.

È proprio in quest’ottica che il diritto alla disconnessione si inserisce tra le tutele da apprestare al lavoratore, in quanto consente a quest’ultimo di “interrompere” la connessione, senza che ciò possa comportare ripercussioni sul piano personale e lavorativo^[31].

Come osservato in dottrina, tale diritto non può essere inteso come disconnessione dalla rete, ma piuttosto come il diritto a “rimanere nella rete in modo selettivo, impedendo di essere cercato in determinati momenti della giornata”^[32], onde evitare che il lavoratore sia esposto ad una continua reperibilità.

Nel disegno di legge n. 2229 (adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale), l’art. 3, già nella sua rubrica, attribuiva maggior rilievo al diritto alla disconnessione, nonché al ruolo del medico del lavoro.

Non a caso, il comma 7 stabiliva che “nel rispetto degli obiettivi concordati e delle relative modalità di esecuzione del lavoro autorizzate dal medico del lavoro, nonché delle eventuali fasce di reperibilità, il lavoratore ha diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche di lavoro senza

che questo possa comportare, di per sé, effetti sulla prosecuzione del rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi”.

I commi 2 e 3 della suddetta disposizione, oltre ad assegnare al medico del lavoro il compito di autorizzare e convalidare le misure scelte dal datore di lavoro - che sono necessarie “*per tutelare e garantire l'integrità fisica e psichica, la personalità morale e la riservatezza del lavoratore*” - prevedevano che il lavoratore fosse tenuto, ogni quattro mesi, a sottoporsi a visite periodiche di prevenzione e controllo, presso i presidi sanitari pubblici o dal medico del lavoro competente.

Tuttavia, il predetto impianto normativo, fortemente incentrato sulla tutela della salute del lavoratore, è stato successivamente assorbito e radicalmente modificato dal disegno di legge n. 2233, che nel suo testo definitivo, accolto dall'art. 19, comma 2, l. n. 81/2017, si limita a prevedere che l'accordo individuale debba individuare i tempi di riposo e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro^[33].

Appare evidente che la disciplina dettata in tema di diritto alla disconnessione, nella sua attuale e scarna formulazione, che demanda all'accordo individuale il compito di individuarne i contenuti, non offre una puntuale ed efficace tutela alla salute del lavoratore, con il conseguente rischio, come già accennato, di vanificare gli effetti della conciliazione vita-lavoro^[34].

Ad ogni modo, la disconnessione non sembrerebbe costituire un divieto imposto al datore di lavoro, bensì un diritto soggettivo dei lavoratori, analogamente a quanto avviene in altre legislazioni europee^[35].

Al riguardo, dall'analisi comparata con altri ordinamenti giuridici, emergono alcuni tratti comuni e significative differenze.

In particolare, nell'ordinamento giuridico francese, attraverso la c.d. *Loi Travail*, approvata l'8 agosto 2016, il diritto alla disconnessione ha trovato riconoscimento al comma 7 dell'art. 2242-8 del *Code du Travail*, in base al quale “*la négociation annuelle*” deve riguardare anche le modalità di esercizio, da parte del lavoratore, del proprio diritto alla disconnessione e la messa a disposizione di dispositivi che regolino l'utilizzo degli strumenti informatici, allo scopo di assicurare il rispetto dei tempi di riposo, del periodo di ferie e della vita personale e familiare^[36].

Anche in tal caso, quindi, il diritto alla disconnessione, introdotto in un contesto di riforma del diritto del lavoro, risponde alla duplice esigenza di tutelare la salute del lavoratore e realizzare la conciliazione tra vita privata e vita lavorativa^[37].

Una sostanziale differenza tra i due ordinamenti emerge, invece, con riferimento all'ambito di applicazione.

Infatti, diversamente da quanto previsto dalla l. n. 81/2017, nella quale l'ambito applicativo del diritto alla disconnessione risulta circoscritto esclusivamente al lavoro agile, nell'ordinamento giuridico francese tale diritto ha portata generale, prescindendo, dunque, dalle modalità di lavoro prescelte.

Il legislatore spagnolo ha invece introdotto la disconnessione nell'ambito della *Ley Orgánica 3/2018* sulla *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*.

In particolare, l'art. 88, comma 1, riconosce il diritto alla disconnessione al fine di garantire, fuori dall'orario di lavoro legale o convenzionalmente stabilito, il rispetto del tempo di riposo, dei permessi e delle ferie, così come della sua *privacy* personale e familiare.

Il secondo comma, oltre a prevedere l'esigenza fondamentale della conciliazione tra vita lavorativa e vita privata, stabilisce che le modalità di esercizio dovranno essere previste nella *negociación colectiva* o, in mancanza, nell'accordo tra l'impresa e i rappresentanti dei lavoratori.

Infine, il terzo e ultimo comma dell'art. 88 prevedono che il datore di lavoro, previa audizione dei rappresentanti dei lavoratori, elabori una politica interna riguardante tutti i lavoratori, inclusi quelli che occupano posizioni dirigenziali, finalizzata a definire le modalità di esercizio del diritto alla disconnessione e le azioni di formazione e sensibilizzazione del personale sull'utilizzo ragionevole degli strumenti tecnologici, allo scopo di evitare il rischio dell'affaticamento informatico.

La medesima legge, inoltre, ha introdotto l'art. 20 *bis* nella *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, il quale riconosce espressamente il diritto dei lavoratori, non soltanto alla *privacy* nell'utilizzo dei dispositivi digitali messi a disposizione dal datore di lavoro, ma anche alla disconnessione digitale.

Dalla comparazione con l'ordinamento giuridico francese e spagnolo, dunque, emerge una disciplina più articolata del diritto alla disconnessione rispetto alle previsioni presenti nel nostro ordinamento, rispetto alle quali, dunque, in un'ottica *de iure condendo*, si auspica un più incisivo intervento del legislatore.

5. Il trattamento economico e normativo.

Il trattamento economico e normativo riconosciuto al lavoratore agile non può essere “*inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda*” (art. 20, comma 1).

Il richiamo al trattamento “*complessivamente applicato*” dovrebbe essere interpretato, sotto il profilo retributivo, nel senso che al lavoratore, oltre al c.d. trattamento base, potranno essere applicati soltanto gli istituti retributivi compatibili con la modalità di prestazione lavorativa in esame^[38].

Nell'ottica di garantire al lavoratore agile anche la parità di trattamento normativo, il secondo comma dell'art. 20 prevede che a quest'ultimo possa essere riconosciuto, nell'ambito dell'accordo di cui all'art. 19, il diritto all'apprendimento permanente e alla periodica certificazione delle relative competenze.

6. Il diritto di recesso dall'accordo di lavoro agile.

Un ulteriore aspetto su cui soffermarsi è rappresentato dal diritto di recesso^[39], disciplinato dall'art. 19, comma 2.

Sul punto, è espressamente previsto che, ove l'accordo abbia durata indeterminata, il recesso potrà essere esercitato con un preavviso non inferiore a trenta giorni.

Tuttavia, nel caso di lavoratori disabili e di recesso datoriale, il termine di preavviso non può essere inferiore a novanta giorni, al fine di “*consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore.*”

La medesima disposizione contempla anche l'ipotesi in cui ricorra un giustificato motivo.

In tal caso, qualora l'accordo sia a termine, le parti potranno recedere prima della scadenza dello stesso, mentre nell'ipotesi di accordo a tempo indeterminato, il recesso sarà esercitabile senza preavviso.

Deve osservarsi che il recesso previsto dalla citata disposizione non si riferisce al contratto di lavoro, bensì all'accordo individuale, ossia alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

Di conseguenza, l'estinzione dell'accordo dovrebbe determinare “l'espansione della modalità lavorativa ordinaria”^[40], nel senso che la prestazione lavorativa dovrà essere svolta interamente presso i locali dell'azienda.

Ad ogni modo, occorre interrogarsi se (ed eventualmente in che termini) gli effetti prodotti dal recesso dall'accordo individuale possano incidere anche sul rapporto di lavoro, posto che il primo (lavoro agile) può essere considerato un patto accessorio del secondo (contratto di lavoro).

La problematica si pone con particolare riferimento alla nozione di “giustificato motivo”, che può essere esercitato senza preavviso (accordo con durata interminata) o prima della scadenza del termine (accordo con durata determinata).

A tal proposito, *prima facie*, in chiave ricostruttiva, il legislatore sembrerebbe evocare la nozione prevista dall'art. 3 della l. n. 604 /1966, in tema di licenziamento, che ricorre in presenza di un “*notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro*” (giustificato motivo soggettivo) o di “*ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*” (giustificato motivo oggettivo).

Invero, la riconduzione alla nozione *testé* richiamata, sebbene sul piano meramente semantico appaia plausibile, ad una più attenta analisi, conduce a ben altre conclusioni.

Al riguardo, un primo dato da evidenziare è rappresentato dall'insussistenza, in caso di recesso dall'accordo di lavoro agile per giustificato motivo, di un obbligo di dare il preavviso.

Tale circostanza, dunque, più che al giustificato motivo *ex art. 3 cit.*, sembrerebbe rinviare alla diversa nozione di giusta causa *ex art. 2119 c.c.*

Tuttavia, il rinvio alla giusta causa non appare una strada percorribile, dal momento che, com'è noto, quest'ultima non consente una prosecuzione, neppure temporanea, del rapporto di lavoro.

Di conseguenza, qualora il riferimento al giustificato motivo venisse impropriamente ricondotto alla nozione di giusta causa, il recesso non potrebbe dispiegare effetti esclusivamente in relazione all'accordo di lavoro agile, ma dovrebbe giocoforza caducare l'intero rapporto di lavoro.

È evidente che una tale impostazione però stridrebbe con la stessa *ratio* sottesa al lavoro agile e all'esigenza di flessibilità nella gestione del rapporto.

Pertanto, sul piano ricostruttivo, si ritiene più opportuno emancipare la locuzione "giustificato motivo" da quanto previsto dall'art. 3 della l. n. 604/1966, tanto sul piano del fatto, quanto su quello dell'effetto.

Difatti, in ordine al primo aspetto, il giustificato motivo di recesso dall'accordo di lavoro agile non necessariamente deve essere ancorato a valutazioni di carattere negativo (soggettive o oggettive), ma deve essere inteso in un'accezione più lata, che ricomprenda al suo interno qualsivoglia valido motivo che spinge le parti a ripristinare la precedente modalità di lavoro secondo gli schemi "ordinari" o "tradizionali".

Non bisogna infatti scordare che la scelta di ricorrere al lavoro agile non assume i caratteri della definitività e può essere rivista in qualunque momento, anche in assenza di un giustificato motivo.

Ciò consente anche di comprendere le differenze, sul piano effettuale, rispetto alla nozione di cui al richiamato art. 3, non essendo in tal caso dovuto alcun preavviso in presenza di un giustificato motivo.

È possibile, dunque, concludere che il recesso per "giustificato motivo" esercitato ai sensi dell'art. 19, comma 2, l. n. 81/2017, produca i suoi effetti esclusivamente nei confronti del lavoro agile e non incida sul relativo contratto di lavoro a monte.

Quanto precede lo si apprezza meglio laddove si consideri, ad esempio, un eventuale grave inadempimento degli obblighi contrattuali, in costanza di *smart working*, posto in essere dal lavoratore mentre svolge la prestazione lavorativa all'esterno dei locali dell'azienda.

In tal caso, il datore di lavoro, all'esito di apposito procedimento disciplinare, ritenendo integrati gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, potrebbe anche licenziare il dipendente, risolvendo il relativo rapporto di lavoro.

Ciò significa che il recesso dal rapporto di lavoro si pone su un piano differente rispetto a quello dall'accordo individuale e travolge quest'ultimo in presenza dei presupposti *ex* art. 3, l. n. 604/1966, o 2119 c.c., anche qualora i fatti posti a fondamento del provvedimento sanzionatorio siano riconducibili all'attività posta in essere dal lavoratore in modalità agile all'esterno dell'azienda, secondo il principio "*simul stabunt, simul cadent*".

Non opera invece l'ipotesi inversa, ossia che dal recesso dall'accordo di lavoro agile, anche in presenza di un giustificato motivo, discenda la risoluzione del rapporto di lavoro.

Difatti, in tal caso, il recesso e l'eventuale giustificato motivo risultano esclusivamente riconducibili all'accordo di lavoro agile e non già al rapporto di lavoro, rispetto al quale l'atto di recesso avrà l'effetto, a seconda dei casi, di ripristinare o di dar vita ad un normale rapporto di lavoro subordinato secondo gli schemi ordinari o tradizionali.

7. La tutela della salute e sicurezza dello *smart worker*.

La disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza del lavoratore agile è contenuta negli artt. 18, comma 2, e 22, da leggersi unitamente alle disposizioni previste dal d.lgs. n. 81 del 2008.

In particolare, viene attribuita al datore di lavoro la responsabilità della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento della prestazione lavorativa.

Il datore di lavoro, inoltre, è tenuto a consegnare al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale^[41], un'informativa scritta con l'individuazione dei rischi generali e specifici, connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

Sul punto, si ritiene condivisibile la tesi secondo cui il generale obbligo, posto a carico del datore di lavoro, di garantire la salute e la sicurezza del lavoratore agile non possa considerarsi assolto attraverso la mera consegna dell'informativa scritta, risultando altresì necessaria l'adozione delle misure previste dal d.lgs. n. 81/2008^[42].

Al riguardo, il rinvio è all'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008, che contiene la disciplina prevenzionistica applicabile “*ai lavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico*”, compresi quelli di cui al D.P.R. n. 70/1999 e all'accordo quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002.

Come affermato in dottrina^[43], ai fini dell'applicazione della norma in esame, da interpretare in senso estensivo, è necessario che il rapporto di lavoro abbia natura subordinata e la prestazione venga svolta a distanza, mediante collegamento informatico e telematico.

Il carattere “continuativo” della prestazione deve, inoltre, essere inteso come sinonimo di “regolarità”, con la conseguenza, quindi, che tale disciplina può estendersi anche al lavoro agile.

Quanto al contenuto della norma, è previsto che ai suddetti lavoratori si applichino le disposizioni di cui al titolo VII, in tema di attrezzature munite di videoterminali, a prescindere dall'ambito in cui viene svolta la prestazione lavorativa.

Inoltre, nel caso in cui il datore di lavoro fornisca attrezzature proprie, o per il tramite di terzi, queste dovranno essere conformi alle disposizioni previste dal titolo III sull'uso delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale^[44].

La medesima norma prevede, altresì, un duplice obbligo: da un lato, quello del datore di lavoro di informare i lavoratori a distanza sulle politiche aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in particolare in ordine alle esigenze relative ai videoterminali, e, dall'altro, quello del lavoratore di applicare correttamente le direttive aziendali di sicurezza.

Si ritiene, inoltre, applicabile al lavoro agile anche la previsione in base alla quale il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti, al fine di verificare la corretta attuazione della normativa in materia di tutela della salute e sicurezza da parte del lavoratore a distanza, hanno accesso al luogo di lavoro, nei limiti della normativa nazionale e dei contratti collettivi, e che tale accesso sia subordinato al preavviso e al consenso del lavoratore, nel caso in cui la prestazione lavorativa venga resa presso il suo domicilio^[45].

Infine, nell'ottica di tutelare la salute del lavoratore, la disposizione in esame prevede che il datore di lavoro debba garantire l'adozione di misure finalizzate a prevenire l'isolamento del lavoratore rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, consentendogli di incontrare i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda.

8. Riflessioni conclusive (anche) alla luce dell'attuale contesto pandemico.

In conclusione, è indubbio che il lavoro agile, nelle rinnovate logiche del sistema produttivo, costituisca un proficuo esempio di combinazione tra flessibilità e innovazioni tecnologiche, consentendo alle imprese di aumentare la produttività e ai lavoratori di conciliare i tempi di vita e di lavoro.

Invero, anche lo *smart working* presta il fianco a possibili condotte elusive poste in essere dalle parti del rapporto di lavoro.

Tuttavia, da un'analisi costi-benefici, i potenziali effetti positivi del lavoro agile (se proficuamente applicato) sono di gran lunga superiori rispetto agli eventuali abusi nel suo utilizzo^[46].

Quanto precede ha trovato peraltro conferma, *a fortiori*, nell'attuale contesto storico di riferimento, martoriato dalla crisi pandemica ancora in atto, in cui potremmo definirlo come un utile strumento di "contrasto indiretto" del Covid-19.

Difatti, il legislatore, sin dall'adozione dei primi provvedimenti emergenziali, ha inteso riconoscere un ruolo preminente allo *smart working* tanto nel settore privato, quanto nel pubblico impiego^[47], definendolo quale "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa"^[48].

Peraltro, per agevolare il ricorso al lavoro agile, il legislatore dell'emergenza, attraverso provvedimenti derogatori temporanei, ne ha anche modificato i requisiti e le modalità di accesso, rendendolo "molto più snello e semplificato"^[49].

Pertanto, come rilevato in dottrina, “la soluzione del lavoro agile, pur nelle espresse criticità connesse alla sua implementazione dal punto di vista della *privacy*, potrebbe indubbiamente costituire la via più facile non solo come soluzione rimediale alla crisi della prima metà dell’anno 2020, ma potrebbe indubbiamente costituire la base per indubbi benefici da realizzare attraverso tale modalità di lavoro e sull’opportunità di incentivare tali pratiche anche una volta usciti dall’attuale crisi emergenziale”^[50].

[1] Peraltro, a scanso di equivoci, come puntualmente rilevato in dottrina, “il lavoro digitale non è solo quello connesso alle piattaforme, agli algoritmi e all’economia dei c.d. “lavoretti”, ma è ampiamente diffuso e pervasivo nel lavoro amministrativo nel settore pubblico e privato, bastando l’utilizzo di computer e di posta elettronica per alterare modalità e tempi delle prestazioni senza necessariamente apportare modifiche al sinallagma contrattuale” (in questi termini, D. Gottardi, *Da Frankenstein ad Asimov: letteratura “predittiva”, robotica e lavoro*, in *Labour & Law Issues*, 4, 2, 2018, p. 8).

[2] È stato osservato che la c.d. quarta rivoluzione industriale “si presenta con un impatto ancora più disruptive rispetto alla precedente per almeno due motivi: la pervasività della connessione nella vita di persone e organizzazioni, che porta sostanzialmente ad un dilatarsi infinito dello spazio-tempo individuale e collettivo; la velocità inedita con questa rivoluzione sta avvenendo” (in questi termini, S. Gheno-L. Pesenti, *Smart working: una trasformazione da accompagnare*, in *Lav. Dir. Europa*, 1, 2021, p. 4).

[3] La prima rivoluzione industriale risale al XIX secolo e si è caratterizzata per l’uso dell’energia a vapore e delle macchine utensili; nella seconda si assiste all’introduzione dell’energia elettrica e delle catene di montaggio; nella terza, invece, ha avuto la diffusione di strumenti tecnologici ed elettronici.

[4] Analizzando il fenomeno globale della digitalizzazione e l’emersione di nuovi modelli economici, P. Tullini, *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *Labour & Law Issues*, 2, 2, 2016, p. 6, rileva che “sul versante dell’occupazione si prospettano una progressiva contrazione dei livelli complessivi d’impiego, la sostituzione del lavoro umano con quello automatizzato, la rapida obsolescenza professionale amplificata dalla codificazione artificiale delle conoscenze attuata dalle tecnologie intelligenti e capaci di auto-apprendimento, il rischio di emarginazione delle fasce deboli e dei lavoratori vulnerabili”.

[5] Sull’incidenza del progresso tecnologico sui rapporti di lavoro, cfr. P. Ichino, *Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2017, p. 525 ss.; M. Weiss, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 651 ss.

[6] G. Santoro-Passarelli, *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2019, p. 421.

[7] In argomento si registrano numerosi contributi dottrinali, tra i quali si rinvia, a mero titolo indicativo, a: F. Notaro, *Il lavoro agile nel quadro della vecchia (o nuova?) subordinazione*, in *Lav. Dir. Europa*, 1, 2019, p. 2 ss.; M. Martone, *Lo “smart working” nell’ordinamento italiano*, in *DML*, 2, 2018, p. 293 ss.; M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2017, p. 921 ss.; M. Corso, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo “smart working”*, *ivi*, p. 978 ss.; M. Lai, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di “smart working” e di “crowd working”*, *ivi*, p. 985 ss.; C. Romeo, *Il lavoro agile in ambito privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 2017, p. 824 ss.; S. Nappi, *Riforma del lavoro autonomo, lavoro agile e altri esercizi stilistici parlamentari in una legislatura incompiuta*, in *DML*, 2, 2017, p. 197 ss.

[8] In particolare, il lavoro agile è definito “*quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell’attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all’interno di locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*” (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017).

[9] Cfr. M. Lai, *Il lavoro a distanza, quale regolamentazione?*, in *Lav. Dir. Europa*, 2, 2020, p. 4. Come evidenziato da M. Brollo, “*Smart*” o “*Emergency Work*”? *Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. giur.*, 6, 2020, p. 556, “l’antenato prossimo del lavoro agile è il telelavoro del decennio ’90, a sua volta, parente lontano del lavoro a domicilio degli anni ’70”.

[10] G. Ricci, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2018, p. 633, il quale afferma che "la *sedes materiae* non è delle più appropriate".

[11] Sul quale v. *amplius infra*.

[12] Sul punto, cfr. in particolare A. R. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 419/2020*, p. 1 ss.; G. Caporali, *La conciliazione fra tempi di vita e di lavoro tra diritto costituzionale e normativa comunitaria*, in *Dir. Soc.*, 2, 2009, p. 321 ss.

[13] È stato osservato che la qualità del lavoro è strettamente legata ed è in qualche modo dipendente dalla qualità della vita. Difatti, "la serenità e l'equilibrio della vita personale e degli affetti familiari può consentire di lavorare meglio; così come, viceversa, una crisi familiare può pregiudicare anche il percorso professionale, dando fiato a un circolo vizioso che spinge sempre più i soggetti ai margini della vita economica e sociale" (così, L. Zanfrini, *Smart working: il profilo della sociologia del lavoro*, in *Lav. Dir. Europa*, 1, 2021, p. 2).

[14] C. Timellini, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *Lav. giur.*, 3, 2018, p. 230.

[15] Invero, l'originario d.d.l. n. 2229/2016 prevedeva la possibilità di estendere tale disciplina anche al lavoro autonomo.

[16] L'art. 23, comma 1, stabilisce altresì che l'accordo e le sue modificazioni devono essere oggetto delle comunicazioni di cui all'art. 9-bis del d.l. 510/1996, convertito dalla l. 608/1996.

[17] Art. 1, par. 1, dell'Accordo interconfederale del 9 giugno 2004 per il recepimento dell'Accordo-quadro europeo sul telelavoro. In dottrina, cfr. M. Frediani, *Telelavoro ed accordo interconfederale*, in *Lav. giur.*, 9, 2004, p. 824 ss. Invero, la disciplina del telelavoro è piuttosto frammentata e si differenzia tra settore pubblico e privato. In particolare, nel pubblico impiego le disposizioni di riferimento sono contenute all'interno del d.p.r. n. 70/99 e dell'Accordo-quadro nazionale del 23 marzo 2000, mentre nel privato oltre all'accordo sindacale europeo del 2002 e al suddetto accordo interconfederale del 2004, vi sono alcune disposizioni che richiamano l'accordo europeo all'interno del d.lgs. n. 81/2008. In dottrina, cfr. F. D'Addio, *Considerazioni sulla complessa disciplina del telelavoro nel settore privato alla luce dell'entrata in vigore della legge n. 81/2017 e della possibile sovrapposizione con il lavoro agile*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2017, p. 1006 ss.

[18] Sul rapporto tra lavoro agile e telelavoro, si rinvia, in particolare, a G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2017, p. 369 ss.; M. Frediani, *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, in *Lav. giur.*, 7, 2017, p. 630 ss.

[19] Cfr. M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, cit., p. 937.

[20] L'art. 18, comma 1, della l. 81/2017, nel prevedere che il lavoro agile possa essere svolto "con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici", ammette anche la possibilità del contrario.

[21] In argomento, si rinvia a M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, cit., p. 945; O. Mazzotta, *Lo statuto del lavoratore autonomo ed il lavoro agile*, in *Quotidiano Giur.*, 1 febbraio 2016.

[22] Pertanto, come osservato da autorevole dottrina, "alla fine, risulta che il lavoratore agile è sottoposto ad un duplice regime, a seconda che la sua prestazione sia svolta fuori o dentro l'azienda, quello di lavoratore subordinato normale e quello di lavoratore agile, con un non facile coordinamento, che potrebbe, anzi [...] dovrebbe essere definito nel patto" (così, F. Carinci, *La subordinazione rivista alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in *ADL*, 4-5, 2018, p. 977).

[23] G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2017, p. 185.

[24] M. Lai, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, cit., p. 993.

[25] G. Ricci, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, cit., p. 662.

[26] Sul punto, come osserva P. Tullini, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in ID. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, p. 13, "è del tutto evidente la difficoltà di tracciare un

sicuro discrimine - tanto sul piano teorico quanto operativo - tra l'area dei controlli a distanza suscettibili di autorizzazione preventiva per giustificate ragioni aziendali (art. 4, co. 1, St. lav.) e quella del monitoraggio attraverso le tecnologie di lavoro che sono esonerate da vincoli e considerate legittime *ex se* (art. 4, co. 2, St. lav.). E, com'è ovvio, tali difficoltà aumentano con la diffusione dei sistemi intelligenti che sono già naturalmente predisposti per una pluralità di applicazioni o facilmente "espandibili" sotto il profilo funzionale".

[27] In tema di apparecchiature per la rilevazione dei dati di entrata e uscita: Cass. 13 maggio 2016, n. 9904, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, ove si afferma che "la rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura predisposta dal datore di lavoro (nella specie, un "badge" elettronico idoneo a rilevare non solo la presenza ma anche le sospensioni, i permessi e le pause, ed a comparare nell'immediatezza i dati di tutti i dipendenti) ove sia utilizzabile anche in funzione di controllo a distanza del rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione, si risolve in un accertamento sul "quantum" dell'adempimento, sicché è illegittima ai sensi dell'art. 4, comma 2, della l. n. 300 del 1970 se non concordata con le rappresentanze sindacali, ovvero autorizzata dall'ispettorato del lavoro, dovendosi escludere che l'esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore". In tema di sistemi informatici di rilevamento delle telefonate, v. Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Dir. giust. online*, 2012, nella parte in cui si afferma che "il divieto di controlli a distanza ex art. 4, della legge n. 300 del 1970, implica che i controlli difensivi posti in essere mediante sistema informatico di rilevamento delle telefonate ricadono nell'ambito dell'art. 4, comma 2, della legge n. 300 del 1970, e, fermo il rispetto delle garanzie procedurali previste, non possono impingere la sfera della prestazione lavorativa dei singoli lavoratori; qualora interferenze con quest'ultima vi siano, e non siano stati adottati dal datore di lavoro sistemi di filtraggio delle telefonate per non consentire, in ragione della previsione dell'art. 4, comma 1, di risalire all'identità del lavoratore, i relativi dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore medesimo".

[28] Sul punto, v. G. Ricci, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, cit., p. 655, secondo cui "il fatto che il legislatore ponga dei limiti riferiti all'orario massimo va inteso nel senso che non trovano applicazione quegli altri relativi all'orario normale (art. 3) e dunque, conseguentemente, al lavoro straordinario (art. 5)", nonché G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, cit., p. 189.

[29] G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., p. 189.

[30] E. Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella l. n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 1024 ss. In dottrina, cfr. altresì L. Foglia, *La privacy come limite alla subordinazione: diritto alla disconnessione e rifiuto della prestazione*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020, p. 105 ss.

[31] In argomento, R. Zucaro, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Labour & Law Issues*, 5, 2, 2019, p. 218.

[32] D. Poletti, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2017, p. 9.

[33] In argomento, si veda D. Poletti, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, cit., p. 7 ss.

[34] In tal senso, si consideri quanto affermato dal Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, nella seduta n. 177 del 13 maggio 2020, presso la Commissione 11^a del Senato (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale), nella parte in cui faceva presente l'esigenza di assicurare "in modo più netto di quanto già previsto – anche quel diritto alla disconnessione, senza cui si rischia di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale".

[35] In tal senso, E. Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, cit., p. 1028 ss.

[36] Per un maggior approfondimento sull'analisi comparata con l'ordinamento giuridico francese, si veda E. Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, cit., p. 1026 ss.

[37] Cfr. D. Poletti, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, cit., p. 14.

[38] G. Ricci, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, cit., p. 658. In argomento, cfr. M. G. Deceglie, *Il trattamento del lavoratore agile*, in *Mass. giur. lav.*, 2017, p. 837 ss. e L. Monterossi, *Il lavoro agile: finalità, politiche di welfare e politiche retributive*, in M. Verzaro (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale*, Napoli, 2018, p. 35.

[39] In argomento, si rinvia in particolare a G. Franza, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 2018, p. 773 ss.

[40] G. Ricci, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”*, cit., p. 661.

[41] In dottrina è stato affermato che l’inciso “almeno” indichi la necessità di provvedere a una nuova informativa ogniqualvolta si verificano variazioni nell’ambito del luogo di lavoro (all’esterno dei locali aziendali), tali da incidere sui fattori di rischio. In tal senso L.M. Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2017, p. 1043 s., il quale aggiunge che il datore di lavoro dovrà fornire una nuova informativa anche nel caso in cui il lavoratore svolga la prestazione lavorativa in un nuovo ambiente di lavoro, non contemplato dalla precedente informativa.

[42] Sul punto, si veda L.M. Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, cit., p. 1045 e ss.

[43] M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Dir. sic. lav.*, 1, 2017, p. 8.

[44] In argomento, cfr. la circolare INAIL del 2 novembre 2017, n. 48.

[45] Cfr. L. M. Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, cit., p. 1041 ss. Di diverso avviso, M. Frediani, *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, cit., p. 636.

[46] Cfr. F. Malzani, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DML*, 1, 2018, p. 17 ss.

[47] Invero, come rilevato in dottrina, “prima della pandemia questa forma di organizzazione del lavoro dipendente era ancora molto meno diffusa di quel che avrebbe potuto essere, anche perché era conosciuta poco o in modo troppo impreciso: erano poco comprese le enormi sue potenzialità sul terreno del risparmio dei tempi di spostamento delle persone e dei costi logistici aziendali, ma anche sul terreno della riduzione del traffico urbano e dell’inquinamento” (così, P. Ichino, *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, in *Lav. Dir. Europa*, 1, 2021, p. 2).

[48] Sui provvedimenti emergenziali in materia di *smart working*, si rinvia, in particolare, a: S. Cairoli, *Lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione entro ed oltre i confini dell'emergenza epidemiologica*, in *Lav. Dir. Europa*, 1, 2021, p. 2 ss.; M. Frediani, *Il D.M. 19 ottobre 2020 quale compendio del lavoro agile in regime emergenziale*, in *Lav. giur.*, 10, 2020, p. 1023 ss.; M. Brollo, “Smart” o “Emergency Work”? *Il lavoro agile al tempo della pandemia*, cit., p. 553 ss.; B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno “smart working”?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2020, p. 215 ss.; R. Zucaro, *Pubblica Amministrazione e “smart working”, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in *LPA*, 2, 2020, p. 81 ss.; V. Giannuzzi Savelli, *Flessibilità nel pubblico impiego: perché il lavoro agile è davvero la soluzione per “ridurre le distanze”*, in *Lav. Dir. Europa*, 2, 2020, p. 2 ss. Per uno sguardo alle prime pronunce giurisprudenziali sul lavoro agile durante la fase dell'emergenza Covid-19, si rinvia a L. Valente, *Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo al smart working*, in *Lav. giur.*, 12, 2020, p. 1193 ss.; M. Tufo, *Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?*, in *Lav. Dir. Europa*, 2, 2020, p. 2 ss.; A. Stefanelli-A. Marinelli, *Nota a Tribunale Grosseto sez. lavoro 23 aprile 2020 n. 502, ivi*, p. 2 ss.

[49] M. Brollo, “Smart” o “Emergency Work”? *Il lavoro agile al tempo della pandemia*, cit., p. 563, la quale fa notare che “al di là dell’etichetta legale, di fatto, il lavoro ridisciplinato dalla normativa d'emergenza più che una modalità di lavoro agile o di *smart working* assomiglia, per un verso, ad una forma classica di (tele)lavoro in blocco, per altro verso, ad una attività lavorativa eseguita a domicilio (o in qualsiasi dimora in cui si trovano, anche non abituale); ma, come noto, il *marketing* legale funziona e quindi il nome attribuito, specie nella versione anglofona di *smart working* - evocativa di una modalità lavorativa non solo agile, ma pure intelligente o confortevole - suona più accattivante, con la speranza che la stessa parola ne agevoli la diffusione”.

[50] C. Romeo, *L'attuale dimensione del lavoro subordinato e no: la ricerca di nuove tutele*, in *Lav. giur.*, 11, 2020, p. 1062.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1560 - 17 febbraio 2021

Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)

di Michele Trimarchi

Sommario: 1. La vicenda e la ricostruzione del nesso di causalità. La prima questione sollevata – 2. La proposta di una rivisitazione del paradigma della responsabilità dell'amministrazione lungo due direttrici – 3. Prima direttrice. La riconduzione della responsabilità della pubblica amministrazione al modello della responsabilità contrattuale – 3.1. Il regime attualmente applicato dalla giurisprudenza e la sua sostanziale vicinanza a quello della responsabilità contrattuale – 3.2. Argomenti teorici a sostegno dell'adozione del modello della responsabilità contrattuale – 3.3. Conseguenze della piena applicazione del modello della responsabilità contrattuale – 4. Seconda direttrice. L'inquadramento della responsabilità contrattuale nell'ambito del rapporto di diritto pubblico – 4.1. Interesse legittimo e potere amministrativo nel rapporto di diritto pubblico – 4.2. Impatto dei caratteri del rapporto di diritto pubblico in punto di valutazione del danno evento e del danno conseguenza – 5. Le questioni sottoposte all'adunanza plenaria alla luce della proposta di revisione del paradigma della responsabilità civile della pubblica amministrazione – 6. Brevi considerazioni – 6.1. Sullo stile e la tecnica argomentativa – 6.2. Sull'inquadramento della proposta del C.g.a. nel perdurante dibattito sulla risarcibilità dell'interesse legittimo – 6.3. Sull'utilizzo di schemi privatistici per la ricostruzione della responsabilità della pubblica amministrazione.

1. La vicenda e la ricostruzione del nesso di causalità. La prima questione sollevata

Una impresa presenta istanza di autorizzazione unica ambientale per l'insediamento di un impianto fotovoltaico. Ottiene il rilascio della stessa solo in esecuzione di plurime sentenze che hanno accertato la formazione del silenzio-inadempimento sull'istanza e ordinato all'amministrazione di provvedere. La correlata richiesta di risarcimento del danno è dichiarata inammissibile dal T.a.r. Sicilia, ma la stessa è riproposta davanti al C.g.a. dal momento che, nelle more del rilascio dei provvedimenti autorizzatori, il legislatore ha sostanzialmente azzerato gli incentivi per gli impianti fotovoltaici, rendendo di fatto impossibile l'iniziativa imprenditoriale del ricorrente. Di qui la decisione di non provvedere con la realizzazione degli impianti e la conseguente richiesta risarcitoria in termini di danno emergente e soprattutto lucro cessante.

Osserva il C.g.a. che, applicando al caso di specie la teoria della c.d. condizionalità materiale – secondo la quale “la condotta umana è causa dell’evento se senza di essa (*rectius*, “con la condotta obbligatoria”) l’evento non si sarebbe verificato (formula positiva), mentre può ritenersi causalmente rilevante quando, senza di essa (con essa), l’evento si sarebbe verificato ugualmente (formula negativa)” –, l’amministrazione andrebbe considerata responsabile, in quanto senza la sua condotta omissiva (*id est*, con la condotta lecita) la lesione del bene della vita di cui la ricorrente è titolare non si sarebbe realizzata (essa avrebbe conseguito il finanziamento e avviato l’iniziativa imprenditoriale).

Nondimeno – rileva la sentenza in commento – la giurisprudenza è solita applicare correttivi al criterio della causalità materiale, al fine di evitare una incontrollata espansione dei risarcimenti a fattispecie nelle quali il danno è in realtà imputabile anche ad una c.d. concausa. A ciò mirano la teoria della causalità adeguata, la teoria della causalità umana e quella della imputazione obiettiva dell’evento[1].

Nel caso di specie, è vero che, se l’amministrazione avesse agito in tempo, l’aspettativa sostanziale dell’impresa sarebbe stata soddisfatta, ma è pur vero che, in concreto, quella aspettativa è frustrata non dalla inerzia degli uffici, ma dalla sopravvenienza normativa: se quest’ultima non fosse intervenuta, l’inerzia dell’amministrazione avrebbe potuto ledere soltanto il bene tempo, non l’aspettativa sostanziale (il c.d. bene della vita relativo all’*an* della iniziativa imprenditoriale)[2].

Da qui il dubbio del C.g.a. che la sopravvenienza, innescando un decorso causale atipico, sia da considerare interruttiva del nesso causale e quindi escluda la responsabilità dell’amministrazione. Ecco allora la prima questione sottoposta all’adunanza plenaria: “se il nesso di causalità della fattispecie risarcitoria di tipo omissivo sia interrotto o meno se, successivamente all’inerzia dell’Amministrazione su istanza pretensiva del privato, di per sé foriera di ledere il solo bene tempo, si verifica una sopravvenienza normativa che, impedendo al privato di realizzare il progetto al quale l’istanza era preordinata, determina la lesione dell’aspettativa sostanziale sottesa alla domanda presentata all’Amministrazione, che sarebbe stata comunque soddisfatta, nonostante l’intervenuta nuova disciplina, se l’Amministrazione avesse ottemperato per tempo”[3].

Il C.g.a. non manca di far trasparire la sua opinione: se si vuol evitare di pervenire alla conclusione, altrimenti ineluttabile, che la sopravvenienza normativa interrompe il nesso causale, l’unica soluzione possibile consiste nell’applicare la teoria dello scopo della norma violata (una variante della teoria della imputazione obiettiva dell’evento), alla cui stregua la condotta può considerarsi causa dell’evento “quando determina un evento che costituisca

concretizzazione dello specifico rischio che la norma [...] mira a prevenire”[4]. A questo proposito il C.g.a. osserva che l’obbligo di concludere il procedimento entro il termine previsto dall’art. 2 della l. n. 241/1990 non rappresenta un “mero canone generale dell’attività amministrativa”, bensì una precetto nel cui scopo rientra “la finalità di evitare le vicende normative che intervengono sul bene della vita finale nel periodo di inottemperanza dell’amministrazione”. Su queste premesse, il mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento può essere considerato causa del danno lamentato dalla ricorrente, in quanto col suo ritardo l’amministrazione ha esposto il privato al rischio che la norma violata intendeva scongiurare[5].

2. La proposta di una rivisitazione del paradigma della responsabilità dell’amministrazione lungo due direttrici.

Individuata la prima questione da sottoporre all’adunanza plenaria, il C.g.a. propone una ricostruzione alternativa del sistema della responsabilità civile della pubblica amministrazione, largamente sovrabbondante rispetto alla decisione del caso di specie, ma comunque rilevante per la stessa in quanto nell’ambito di tale ricostruzione alternativa anche la questione della sopravvenienza riceve una sistemazione diversa da quella sin qui presa in considerazione.

La ricostruzione alternativa che il C.g.a. sottopone alla adunanza plenaria si articola lungo due direttrici: la qualificazione della responsabilità dell’amministrazione come responsabilità contrattuale e il riconoscimento di un ruolo decisivo nella fattispecie risarcitoria ai caratteri del rapporto giuridico di diritto pubblico.

Più esattamente, secondo il C.g.a. la responsabilità della pubblica amministrazione per l’esercizio, o il mancato esercizio, dei poteri autoritativi alla medesima intestati è assimilabile alla responsabilità contrattuale, e gli effetti di tale inquadramento si devono apprezzare “in relazione al rapporto di diritto pubblico sotteso alla nascita della obbligazione risarcitoria”[6].

3. Prima direttrice. La riconduzione della responsabilità della pubblica amministrazione al modello della responsabilità contrattuale.

3.1. Il regime attualmente applicato dalla giurisprudenza e la sua sostanziale vicinanza a quello della responsabilità contrattuale

Quanto alla qualificazione della responsabilità della pubblica amministrazione come responsabilità contrattuale, il C.g.a., dopo aver richiamato i noti orientamenti della Corte di Cassazione in questa direzione[7], osserva che la giurisprudenza amministrativa, malgrado si attenga sul piano teorico al modello della responsabilità extra contrattuale, ha ormai delineato un regime derogatorio rispetto a quel modello, tanto che “le modalità pratiche attraverso le quali vengono scrutinati i requisiti della fattispecie risarcitoria avvicinano la suddetta responsabilità alla categoria della responsabilità contrattuale, prima e senza che tale assimilazione venga sancita a livello teorico”[8].

Ed infatti:

a) gli oneri di allegazione e di prova a carico del cittadino non differiscono, “quanto a portata e a difficoltà integrativa”, dagli oneri del contraente che si assume leso dall’inadempimento

della controparte. In entrambe le fattispecie, fatti salvi casi particolari, è sufficiente la dimostrazione dell'inadempimento (contrattuale o alle regole procedurali) e la prova della esistenza della situazione giuridica soggettiva (credito o interesse legittimo);

b) quanto alla dimostrazione dell'elemento soggettivo, essa è fornita con la semplice allegazione della illegittimità del provvedimento amministrativo, la quale integra una presunzione semplice in ordine alla colpa dell'amministrazione; mentre, nella materia degli appalti, la prova dell'elemento soggettivo non è proprio richiesta. Tutto ciò "imprime un connotato oggettivo ad un requisito per definizione soggettivo quale quello della colpa". La responsabilità è ascritta all'amministrazione secondo un criterio oggettivo, tipico del regime della responsabilità contrattuale;

c) quanto ai rapporti tra tutela per equivalente ed in forma specifica, il C.g.a. osserva che, a fronte del danno arrecato dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere pubblico, "la giurisprudenza accorda prevalenza allo svolgimento e alla rinnovazione dell'attività amministrativa rispetto al risarcimento per equivalente", nel senso che la sentenza del giudice (di condanna o di annullamento, in questo caso attraverso l'effetto conformativo) impone all'amministrazione di provvedere, quindi di soddisfare "l'interesse specifico di cui è portatore il privato e, solo in seguito all'accertata impossibilità di provvedere in tal senso, è accordata la tutela risarcitoria per equivalente". Pertanto, nella responsabilità dell'amministrazione non si riscontra quella sorta di preferenza per il risarcimento per equivalente rispetto al risarcimento in forma specifica che è tipica della responsabilità extracontrattuale, laddove la soddisfazione in forma specifica del danneggiato è subordinata alla valutazione di eccessiva onerosità per il debitore;

d) sul piano della funzione, la responsabilità della amministrazione risponde ad una logica meramente compensativa, analogamente alla responsabilità contrattuale. Alla responsabilità dell'amministrazione non è possibile riconoscere anche funzioni di deterrenza e sanzionatorie, che invece si riscontrano nella responsabilità extracontrattuale, in quanto ciò comporterebbe aggravii aggiuntivi di spesa pubblica^[9]. "D'altro canto, la funzione afflittiva e di deterrenza è presidiata nei confronti dei dipendenti pubblici che concretamente agiscono".

3.2. Argomenti teorici a sostegno dell'adozione del modello della responsabilità contrattuale

Per quanto sin qui visto, la riconduzione delle responsabilità della amministrazione allo schema della responsabilità contrattuale, secondo il C.g.a., è già nelle cose. Ma il Collegio di questo non si accontenta e passa quindi a enucleare le ragioni teoriche che, a suo avviso, rendono preferibile la adesione al modello della responsabilità contrattuale^[10].

La premessa è che la responsabilità contrattuale interviene nell'ambito di un rapporto (il rapporto obbligatorio) in cui gli "interessi in gioco hanno già trovato una loro regolamentazione quanto a misura e modalità di soddisfazione. Di conseguenza, l'inadempimento del debitore integra al contempo il *non iure*, essendo violativo della regola contrattuale, e il *contra ius*, essendo lesivo dell'interesse sotteso alla obbligazione"^[11]. È per questo che è il danneggiato non ha altro onere che quello di allegare l'inadempimento.

Viceversa, la responsabilità extracontrattuale “interviene in ambiti dove la regolamentazione dell’interesse non è precedente al fatto dannoso”^[12]. Di conseguenza, per configurare la responsabilità non basta che la condotta sia in spregio alla regola del *neminem laedere* (il che integra il requisito nel *non iure*), ma occorre verificare anche la meritevolezza dell’interesse e l’offesa arrecata a quest’ultimo (*contra ius*), nonché il relativo nesso di causalità.

Ora, la responsabilità dell’amministrazione presenta le caratteristiche della responsabilità contrattuale, in quanto sorge nell’ambito di un rapporto giuridico (di diritto pubblico) nel quale “sono indicate le norme di condotta che l’Ente deve osservare”: sicché, “violando le regole dell’azione amministrativa e del provvedimento, la parte pubblica ignora norme ben più precise e circostanziate del generico dovere di *neminem laedere*”^[13].

La violazione di queste regole “integra [...] il requisito del non iure senza soluzione di continuità” e, dando luogo ad un uso illecito del potere, si traduce automaticamente nell’offesa della situazione giuridica del privato, poiché il potere pubblico costituisce lo strumento a disposizione del titolare dell’interesse legittimo per soddisfare il bene della vita a cui aspira.

In sostanza, nella responsabilità dell’amministrazione *non iure e contra ius* coincidono esattamente come nell’inadempimento del debitore nell’ambito del rapporto obbligatorio; coincidono, nel senso che entrambi i requisiti sono soddisfatti nel momento in cui l’amministrazione viola una regola di condotta, protettiva dell’interesse legittimo^[14].

3.3. Conseguenze della piena applicazione del modello della responsabilità contrattuale

Le novità che questo inquadramento comporta rispetto all’assetto consolidato della giurisprudenza, che per molti versi è già assimilabile al regime della responsabilità contrattuale, sono essenzialmente due, e il C.g.a. è interessato soprattutto alla seconda^[15].

La prima è che, per ottenere il risarcimento, si impone la previa costituzione in mora dell’amministrazione, che cessa di essere *ex re*, come è nella responsabilità extracontrattuale.

La seconda è “l’applicabilità del canone della prevedibilità del danno (art. 1225 c.c.), nel senso che, in caso di colpa, è risarcibile solo il danno prevedibile al momento in cui è sorta l’obbligazione”.

Nei rapporti interprivati questa limitazione ha la funzione di mettere le parti in condizione di predefinire il rischio connesso alle reciproche prestazioni e quindi di calcolare il valore delle stesse soppesando le conseguenze di un eventuale inadempimento.

La prevedibilità del danno come criterio limitativo della responsabilità è strumento congeniale anche alla amministrazione, in considerazione del principio per cui essa deve attendere agli interessi pubblici con una efficiente organizzazione delle risorse a sua disposizione. Ed infatti, la circostanza di non poter essere chiamata a rispondere dei danni imprevedibili la mette nelle condizioni di soppesare le conseguenze delle proprie azioni, comprensive anche di eventuali esborsi conseguenti a responsabilità^[16].

4. Seconda direttrice. L'inquadramento della responsabilità contrattuale nell'ambito del rapporto di diritto pubblico

4.1. Interesse legittimo e potere amministrativo nel rapporto di diritto pubblico

L'altra direttrice su cui si articola lo sforzo teorico del C.g.a. consiste nell'inquadramento della responsabilità dell'amministrazione, come responsabilità contrattuale, nell'ambito del rapporto di diritto pubblico sotteso alla obbligazione risarcitoria^[17].

Qui il C.g.a. offre una puntuale ricostruzione dell'interesse legittimo, definito come la "pretesa del privato a che l'Amministrazione faccia quanto l'ordinamento giuridico le consente per soddisfare le esigenze sostanziali, meritevoli di tutela, di cui è portatore (il c.d. bene della vita)"^[18].

Esso è la risultante della "imposizione di limiti agli ambiti di intervento pubblico e di regole finalizzate a considerare la posizione e l'esigenza dei destinatari dell'azione pubblica"; regole, comprensive di obblighi comportamentali, che peraltro sono poste anche a presidio dell'amministrazione.

Secondo la definizione che ne è data, l'interesse legittimo è strumentale alla soddisfazione di una situazione sottostante, detta situazione di base, che può avere consistenza di diritto costituzionalmente protetto, diritto soggettivo, diritto potestativo, aspettativa, situazione di fatto meritevole di tutela^[19].

La situazione di base è dunque una situazione esterna, diversa dall'interesse legittimo; ma il collegamento di strumentalità di quest'ultimo alla prima è elemento costitutivo dell'interesse legittimo medesimo, in quanto "non vi è riconoscimento di interesse legittimo se non in quanto il titolare abbia, in base all'ordinamento giuridico, la chance di ottenere la soddisfazione della pretesa sostanziale"^[20].

Di conseguenza, non può ritenersi che l'interesse legittimo abbia quale unico contenuto le prerogative procedurali di partecipazione al procedimento in quanto esse, neppure "in potenza" sono idonee a offrire soddisfazione all'esigenza del privato"; esigenza che può invece trovare soddisfazione soltanto attraverso l'esercizio del potere pubblico, il quale pertanto costituisce il contenuto dell'interesse legittimo, in quanto "unica risorsa a disposizione del privato per ottenere soddisfazione piena in forma specifica"^[21].

Se il collegamento con la situazione di base è requisito dell'interesse legittimo, l'interesse legittimo d'altra parte non assicura la soddisfazione della pretesa sostanziale, poiché essa potrebbe rimanere insoddisfatta pur nel rispetto dei doveri di comportamento del soggetto pubblico. Ciò dipende dal fatto che "l'interesse sostanziale al bene della vita del privato è tutelato compatibilmente con gli altri interessi, pubblici e privati, che l'Amministrazione è tenuta a considerare". Infatti "la persona giuridica pubblica è connotata proprio dal fatto che il suo statuto soggettivo è fisiologicamente permeato dalla pluralità di interessi da perseguire e bilanciare e financo, in caso di interesse pubblico, da individuare nella loro compiuta conformazione"^[22].

4.2. Impatto dei caratteri del rapporto di diritto pubblico in punto di valutazione del danno evento e del danno conseguenza

Rispetto al tema della responsabilità, il C.g.a. sottolinea che il rapporto di diritto pubblico è caratterizzato da un “coacervo di interessi” privati e pubblici, all’interno del quale l’amministrazione occupa una “difficile posizione”, essendo “per natura [...] esposta a un rischio elevato di volare situazioni giuridiche soggettive”[23].

Questa caratteristica del rapporto comporta che nel giudizio di accertamento del danno evento debbano trovare applicazione i principi di tolleranza e solidarietà, alla stregua dei quali la lesione dell’interesse legittimo, che scaturisce automaticamente dalla condotta illecita dell’amministrazione (come abbiamo visto, *non iure* e *contra ius* coincidono e sono integrati dalla violazione della regola di condotta), può dar luogo a risarcimento solo se la posizione complessiva del privato sia stata “incisa, al pari di quanto accade per il danno non patrimoniale, oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio”[24].

“Ne deriva che difficilmente può ottenere tutela, già nella fase dello scrutinio del danno evento, la violazione di meri canoni procedurali che non corrispondono, attraverso l’interesse legittimo, a una violazione della situazione di base”. Al contrario, il danno evento si configura solo ove la condotta dell’amministrazione “colpisca in modo serio l’interesse legittimo, intersecando la situazione di base”, il che “si verifica quando la fondatezza della pretesa sostanziale è accertata da un provvedimento amministrativo (come nel caso di specie) o da una pronuncia giurisdizionale”; per quanto non si escluda che, “in determinate situazioni di particolare gravità dell’offesa, possano trovare tutela situazione di base non meritevoli di essere soddisfatte dal potere pubblico”[25].

Sotto il profilo del danno conseguenza, le caratteristica del rapporto – ovvero la presenza di un “composito insieme di interessi coinvolti dall’attività amministrativa” – comporta che nel giudizio di responsabilità si debba tenere presente non soltanto la posizione della vittima, ma anche quella delle “ulteriori soggettività coinvolte nell’azione di amministrazione attiva e della stessa Amministrazione, in quanto portatori di interessi meritevoli di tutela”. In particolare, per quanto riguarda la posizione dell’amministrazione, va tenuto presente che, in ragione della scarsità delle risorse dell’erario, “l’uso dei mezzi finanziari per risarcire il danneggiato drena denaro pubblico dalle funzioni che deve perseguire per legge” e che il giudizio di ottemperanza è capace di assicurare un livello di tutela maggiore a tutti gli interessi coinvolti, a fronte di un minor dispendio di risorse.

Occorre considerare “in ultima analisi, gli interessi pubblici intestati all’Amministrazione, già offesi dalla condotta illecita congiuntamente all’interesse privato di cui si chiede la riparazione, subiscono un’ulteriore conseguenza sfavorevole dall’adempimento dell’obbligo risarcitorio, specie allorquando lo Stato, inteso in senso complessivo, è fortemente indebitato e il costo del debito è superiore al tasso di crescita del PIL”[26].

Conclusivamente, se le novità derivanti dalla applicazione piena del regime della responsabilità contrattuale consistono nella applicazione del criterio della prevedibilità del danno, nei termini visti, “le novità giurisprudenziali che derivano dalla considerazione attribuita al rapporto di diritto pubblico nell’ambito della nascita dell’obbligazione risarcitoria attengono al rigoroso scrutinio richiesto al fine di valutare il danno evento e il danno conseguenza”[27].

5. Le questioni sottoposte all’adunanza plenaria alla luce della proposta di revisione del paradigma della responsabilità civile della pubblica amministrazione.

La seconda questione che il C.g.a. sottopone alla plenaria è se il paradigma proposto (incentrato sulla natura contrattuale della responsabilità e sulla teoria del rapporto di diritto pubblico) sia da accogliere, con le conseguenze illustrate in punto di applicazione del criterio di prevedibilità e quantificazione del danno[28].

In caso di risposta positiva, con la terza questione il C.g.a. chiede se la sopravvenienza normativa vada presa in considerazione a proposito della prevedibilità del danno o della quantificazione dello stesso. Nel primo caso, la sopravvenienza normativa escluderebbe la responsabilità della pubblica amministrazione in quanto essa non è imputabile all'amministrazione[29].

Nel secondo caso, cioè ove la sopravvenienza andasse presa in considerazione a proposito della quantificazione del danno, si dovrebbe tener conto di quanto visto a proposito del particolare rigore con cui i danni devono essere apprezzati nell'ambito del rapporto di diritto pubblico.

In particolare, andrebbe considerato che il ritardo dell'amministrazione nel provvedere, sia pur integrando una condotta illecita, “si è risolto nel soddisfacimento in massimo grado dell'interesse (nuovo) fatto proprio dal Legislatore e sfociato nella norma primaria preclusiva alla incentivazione”. Stando così le cose, il ristoro de danno lamentato della ricorrente non può che arrestarsi “al momento in cui fa ingresso il *factum principis*”, altrimenti “verrebbe tutelata una [...] posizione contrastante con l'interesse primario come determinato dall'assetto di interessi rinnovato dal Legislatore, specie in ragione della scarsità delle risorse pubbliche (che quindi verrebbero indirizzate verso un interesse non più attuale a discapito di esigenze attuali)”[30].

In altre parole, i danni “verificatesi dopo che l'ordinamento nel suo complesso non ha ritenuto più meritevole di tutela l'interesse leso” non andrebbero risarciti in quanto “costituirebbe inspiegabile antinomia” quella per cui l'amministrazione “debba rispondere di danni cagionati al privato istante per avere (con la propria colposa inerzia) cagionato l'evento “voluto” – seppure *ex post* rispetto al momento in cui la stessa avrebbe dovuto deliberare – dal legislatore”[31].

In ogni caso, con la formulazione della quarta questione (“se debba o meno essere riconosciuta la responsabilità della Regione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori sopra illustrati”) il C.g.a. propone di distinguere tra il danno da mancata percezione dell'incentivo, che sarebbe liquidabile, dal danno da mancata vendita dell'energia. Di quest'ultimo l'amministrazione non potrebbe essere ritenuta responsabile poiché la particolare natura dell'interesse legittimo “impedisce il risarcimento del danno afferente alle libere scelte imprenditoriali, anche se è provato che le conseguenze dannose prodotte sul versante imprenditoriale abbiano quale fonte la condotta dell'ente, in quanto la lesione dell'interesse legittimo da parte dell'amministrazione col provvedimento tardivo “interviene soltanto sulla portata pubblicistica dell'interesse del privato”[32].

Secondo il C.g.a. la teoria del rapporto di diritto pubblico ha riflessi sul regime della responsabilità dell'amministrazione, e in particolare sulla quantificazione del danno anche se non si accogliesse la tesi della natura contrattuale della responsabilità. Da qui le ulteriori questioni sollevate, la quinta e la sesta, presentati in via subordinata per il caso che l'adunanza plenaria non condividesse la qualificazione della responsabilità come r. contrattuale[33].

Con la quinta questione sollevata si chiede se, malgrado l'applicazione del regime della responsabilità aquiliana, si possa sollevare l'amministrazione dalla responsabilità per i danni derivanti dalla sopravvenienza normativa in quanto trattasi di fatto imprevedibile. In caso di risposta negativa, si domanda se ciò non sia incompatibile con l'art. 81 comma 3, Cost., atteso che un'azione risarcitoria svincolata dal parametro del danno prevedibile "comporterebbe un aggrazio ed una imprevedibilità di costi, impedendo una corretta programmazione della spesa pubblica".

6. Brevi considerazioni

6.1. Sullo stile e la tecnica argomentativa

Un primo ordine di considerazioni che la lettura della sentenza suscita attiene allo stile e alla tecnica argomentativa utilizzata.

Si deve al riguardo premettere che, per precise ragioni storiche, nel nostro ordinamento "non esiste un autentico *stylus sententiae*", per cui in linea di massima la tecnica argomentativa è rimessa "alla prudenza dell'estensore"^[34]. Detto questo, non si può non rilevare che la sentenza in commento integra a tutti gli effetti il modello della sentenza-trattato dottrinale additato da Gorla. Essa testimonia l'estesa cultura giuridica dell'estensore, mostra l'apertura del giudice amministrativo alle esperienze degli altri settori dell'ordinamento, denota una spiccata sensibilità al confronto con le impostazioni della dottrina. Nondimeno, la motivazione è prolissa e sovrabbondante nelle argomentazioni e nelle dissertazioni in diritto, contiene numerosi *obiter dicta*, spesso indugia su considerazioni di carattere generale, talora inconferenti rispetto alle stesse pretese di rifondazione dogmatica dell'istituto che muovono il C.g.a.. In breve, non sembra sia stata tenuta a mente "la regola aurea che la chiarezza e l'incisività espositiva è data anzitutto dall'economia espositiva", tanto che il lettore è chiamato a un notevole impegno per ricostruire "l'ordine degli argomenti, la loro coesione"^[35].

È dubbio quanto una siffatta motivazione sia conforme all'art. 3 del codice del processo amministrativo, per il quale (comma secondo) "Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione"^[36]: come è stato osservato, il fatto che tale precetto abbia trovato specificazione in un Decreto del Presidente del Consiglio di Stato solo per i "ricorsi e [...] gli altri atti difensivi", cioè solo per le parti^[37], "non degrada per il giudice il precetto a suggerimento e non lo esime dal dovere di *sinteticità*, pur in assenza di quelle regole analitiche: come al rispetto, insieme a quello, del parallelo e complementare dovere di *chiarezza* [...]"^[38].

Del resto, le sentenze-trattato suscitano perplessità anche alla luce di considerazioni più profonde, di cui la stessa dottrina togata, nelle sue massime espressioni, si è fatta raffinato interprete. Il punto essenziale è che la sentenza-trattato "tende a perdere la sua configurazione come tale"^[39] in quanto si preoccupa "di argomentare e di divagare, invece che adempiere al compito proprio del giudice, che è quello di decidere"^[40]. È stato ricordato in proposito che "La sentenza è la sede formale ove la legge viene portata a compimento, cioè, ove la regola è attuata e la disposizione diviene norma. La chiarezza della sentenza è essenziale, quindi, sia per la sua funzione endoprocessuale, cioè per la comprensione delle parti della soluzione del caso, sia per quella extraprocessuale di precedente giurisprudenziale che indica come la fonte normativa si attua. La tendenziale uniformità di interpretazione della legge, nelle sue funzioni di certezza del diritto (prevedibilità delle conseguenze di un

comportamento), eguaglianza dei soggetti di fronte alla legge (eguale applicazione della legge in eguale situazione), unità del diritto dello Stato (eguale applicazione della legge da parte dei giudici), ha un suo presupposto necessario nella chiarezza e comprensibilità della sentenza. Chiarezza e comprensibilità della sentenza sono anche indici della qualità della democrazia dell'ordinamento⁴⁴¹.

A fronte di tutto ciò è vero che “lo spostamento del sindacato giudiziario dall'atto al rapporto, la complessità e l'apertura degli ordinamenti giuridici, la trasparenza nei rapporti tra cittadino e amministrazione in una rinnovata visione del procedimento sono tutti fattori che tendono a rendere più complessa, e quindi anche più “lunga” la sentenza amministrativa, rispetto a un rigido e semplice modello impugnatorio del relativo giudizio”^[42]. Nella valutazione del caso di specie si deve anche considerare che, per definizione, le sentenze di rimessione alla adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99 c.p.a. non risolvono una controversia, ma sollevano questioni di diritto; e che presupposti di queste pronunce sono la complessità e l'incertezza del quadro giuridico di riferimento, nonché la presenza di indirizzi giurisprudenziali contrastanti. Per queste ragioni si può certamente comprendere l'esigenza della sezione rimettente di approfondire i profili in diritto della motivazione – il che, del resto, è utile agli operatori del diritto per “cogliere gli orientamenti culturali del giudice in un dato momento storico”⁴⁴³ –, ma non perciò avallare uno scostamento significativo dal modello letterario di riferimento per gli atti del potere giudiziario, considerato che “Lo *stile* espositivo della motivazione è intrinseco alla connotazione giuridica della sentenza e la sentenza si imputa tutta allo Stato, con cui il magistrato è in rapporto di servizio e non di mandato. Lo stile pertanto deve corrispondere alle esigenze proprie dell'atto. Non è appannaggio autonomo e indefinito della *poietikè téchne* dell'estensore. Il tema della motivazione della sentenza e dell'inerente tecnica di redazione si inserisce così nel tema generale della qualità della risposta di giustizia”⁴⁴⁴.

Per esser chiari, al C.g.a. sarebbero probabilmente bastate meno parole per sollevare la questione in ordine alla riconducibilità della responsabilità della pubblica amministrazione al modello della responsabilità contrattuale, in considerazione della relazione procedimentale che sussiste tra amministrazione e privato e che non consente di qualificare il secondo come semplice “passante”. Anche le implicazioni di questo inquadramento – o quelle che il C.g.a. ritiene esser tali – avrebbero potuto essere individuate con maggiore sintesi, ad esempio tramite il riferimento puntuale ai diversi elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria. Quanto infine alle esigenze di tutela della casse pubbliche, che pervadono l'intero apparato argomentativo della sentenza, forse sarebbe stato preferibile limitarsi a segnalarne la serietà, senza spingersi nel tentativo di ammantarle di argomenti giuridici che introducono elementi puri nell'ambito dell'istituto della responsabilità civile dell'amministrazione.

6.2. Sull'inquadramento della proposta del C.g.a. nel perdurante dibattito sulla risarcibilità dell'interesse legittimo

In secondo luogo, possiamo domandarci come la posizione del C.G.A. si collochi nell'ambito dell'attuale dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul risarcimento dei danni per lesione dell'interesse legittimo.

Nell'argomentare la natura contrattuale della responsabilità dell'amministrazione, il C.g.a. sostiene con chiarezza che la violazione di una norma procedimentale (regola di condotta) integra contestualmente, come è proprio di quel modello di responsabilità, il requisito del *non*

iure e del *contra ius*. Per il C.g.a., quindi, la violazione della regola di condotta è di per sé lesiva dell'interesse legittimo ed è sufficiente a determinare la responsabilità dell'amministrazione.

La ricostruzione così proposta si discosta da quella operata dalle sezioni unite della Corte di cassazione nella sentenza n. 500 del 1999, secondo cui la condotta *non iure* non è sufficiente a esporre l'amministrazione alla responsabilità (extracontrattuale), occorrendo in aggiunta la c.d. lesione del bene della vita, che sussiste quando l'amministrazione abbia illegittimamente sottratto un bene della vita già appartenente al patrimonio giuridico del danneggiato (interesse oppositivo), oppure quando sia accertato tramite il giudizio prognostico che al privato spettasse il provvedimento richiesto (interessi pretensivi). Il distacco dallo schema prospettato dalla sentenza 500 si coglie proprio nel fatto che il C.g.a. non fa menzione del giudizio prognostico sulla spettanza del bene finale come requisito della fattispecie, quasi a dire che l'obbligazione risarcitoria dell'amministrazione si perfeziona a prescindere da una valutazione di questo tipo.

Ora, si deve considerare che, secondo autorevole dottrina, la sentenza n. 500 del 1999 finiva per negare ciò che programmaticamente affermava, ovvero la risarcibilità dell'interesse legittimo: ammettere il risarcimento del danno solo quando la violazione della regola di condotta comporta il pregiudizio al c.d. bene della vita significa, infatti, considerare risarcibile non l'interesse legittimo in sé, bensì il diritto estinto dal provvedimento negativo, ed eventualmente riemerso dopo l'annullamento (si dice eventualmente, stante la proponibilità anche in via autonoma dell'azione risarcitoria, caduta la pregiudizialità amministrativa)[45], o la aspettativa del cittadino preesistente al provvedimento di diniego (se non, addirittura, il diritto al provvedimento favorevole)[46]. La vera e propria responsabilità per lesione dell'interesse legittimo, secondo questa diversa impostazione, che ha trovato qualche eco nella giurisprudenza[47], trae origine nel contatto tra amministrazione e privato all'interno del procedimento e scaturisce dalla violazione della regola di condotta da parte dell'amministrazione. Essa prescinde dalla c.d. spettanza del bene finale e si aggiunge alla responsabilità derivante dalla lesione del diritto soggettivo o della aspettativa ingiustamente sacrificati dall'esercizio dell'azione amministrativa[48]. Non mancano peraltro voci autorevoli secondo cui la situazione giuridica che beneficerebbe del risarcimento in ragione della violazione della regola procedimentale da parte dell'amministrazione sarebbe non l'interesse legittimo, bensì una situazione diversa, denominata interesse procedimentale[49] o diritto procedimentale[50].

La ricostruzione proposta dal C.g.a. riecheggia questo modello di responsabilità – che potremmo qui definire responsabilità da violazione della regola procedimentale, senza indugiare sul dibattito in ordine alla natura di diritto soggettivo o interesse legittimo della situazione protetta dalla regola procedimentale[51] –, ma sostanzialmente se ne discosta. Lo riecheggia perché, come si è visto, la violazione della regola di condotta è ritenuta sufficiente ad integrare la fattispecie della responsabilità contrattuale, dove *non iure* e *contra ius* coincidono senza soluzione di continuità. Se ne discosta, tuttavia, perché secondo il C.g.a. la quantificazione del danno da risarcire deve essere comunque condotta in relazione alla situazione di base, alla quale l'interesse legittimo è strumentale: al punto che se la lesione della prima non è seria, il risarcimento può essere azzerato.

In altre parole, nella logica proposta dalla sentenza in commento, la responsabilità dell'amministrazione deriva dalla semplice violazione procedimentale (che integra lesione dell'interesse legittimo), ma in pratica il risarcimento può essere riconosciuto solo se sia stata

lesa dall'amministrazione anche la situazione sottostante (alla quale l'interesse legittimo è strumentale)[52]. Per la giurisprudenza amministrativa, la violazione della regola procedimentale rimane non sufficiente a generare la responsabilità dell'amministrazione: a ben guardare, il risarcimento continua a riguardare soltanto quella che il C.G.A. denomina situazione di base, diritto soggettivo o aspettativa.

Il distacco dal modello di responsabilità tracciato dalla sentenza 500 sotto questo importante profilo è più apparente che reale; ed anzi si può registrare un passo indietro, perché se quella sentenza applicava un criterio di selezione normativa dei danni risarcibili ben preciso, ancorché criticabile quanto si voglia, rappresentato dal giudizio prognostico[53], la pronuncia in commento sembra rimettere al prudente e soggettivo apprezzamento del giudice se il danno inferto all'interesse legittimo sia serio, tale essendo quando interseca la situazione di base, o non sia serio, tale essendo quando esaurisce la sua rilevanza sul piano procedimentale.

Quel che invece sembra doversi riscontrare è la distanza che attualmente intercorre tra l'orientamento del giudice amministrativo, sostanzialmente confermato dalla sentenza in commento, e quello della Corte di cassazione. Il primo collega la fattispecie risarcitoria alla lesione dell'interesse al bene della vita: e tendenzialmente esclude la responsabilità da mero comportamento, fatta eccezione per significative aperture nell'ambito della fase terminale delle procedure di scelta del contraente, in virtù della assimilazione di questa fase alle trattative pre-negoziali[54]. La Corte di Cassazione invece ammette la responsabilità da mero comportamento, cioè una responsabilità che si configura a prescindere dalla lesione del bene della vita, e che deriva dalla violazione del principio di correttezza nell'ambito del procedimento[55]. Si può certamente discutere, e molto si discute, se sia esatto qualificare come diritto soggettivo la situazione giuridica fatta valere nei confronti del comportamento procedimentale scorretto, e dunque la sussistenza della giurisdizione amministrativa su questo tipo di vertenze[56]. Ma si deve riconoscere che la responsabilità dell'amministrazione da mero comportamento illecito, riconosciuta dalla giurisprudenza civile, dà luogo ad una tutela risarcitoria allo stato non pienamente attingibile davanti al giudice amministrativo.

6.3. Sull'utilizzo di schemi privatistici per la ricostruzione della responsabilità della pubblica amministrazione

Le ultime brevi considerazioni concernono l'utilizzo di schemi privatistici nell'ambito diritto amministrativo, con particolare riferimento all'istituto della responsabilità.

La riconduzione della responsabilità dell'amministrazione al modello della responsabilità contrattuale e il continuo riferimento a categorie privatistiche da parte del C.g.a. sono testimonianza dello sforzo di costruire un regime unitario della responsabilità dell'amministrazione, unitario nel senso di applicabile indipendentemente dal giudice munito di giurisdizione sulla singola controversia[57].

Tuttavia nelle argomentazioni del C.g.a. si possono riscontrare alcune forzature.

Ad esempio, non corrisponde allo stato delle cose che gli oneri di allegazione e prova del danno a carico del cittadino siano uguali a quello del creditore che subisce l'inadempimento nell'ambito del rapporto obbligatorio. Sotto questo profilo è una forzatura affermare che il

regime attualmente applicato alla responsabilità dell'amministrazione sia quello della responsabilità contrattuale.

Parimenti, l'osservazione che la giurisprudenza amministrativa accorda il risarcimento per equivalente solo quando è materialmente impossibile la tutela dell'interesse in forma specifica tramite la riedizione del potere, pur in sé esatta, non dimostra affatto la generale preferenza per la tutela in forma specifica nell'ambito della responsabilità dell'amministrazione – il che, secondo il C.g.a. sarebbe un motivo di assimilazione alla responsabilità contrattuale –, poiché delle due l'una: o tale affermazione viene riferita ai rapporti tra le azioni (e quindi tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria), cioè a un tema più esteso e comunque diverso da quello rappresentato dall'alternativa tra risarcimento in forma specifica o per equivalente[58]; oppure viene riportata all'ambito proprio della responsabilità, riferendosi in questo caso ad una ipotesi specifica, quella della monetizzazione dell'obbligo di esecuzione[59], dalla quale, per quanto significativa[60], non si possono trarre indicazioni sull'assetto generale della responsabilità civile dell'amministrazione e sui rapporti tra tutela risarcitoria per equivalente e in forma specifica.

Ancora più perplessi lascia l'interpretazione molto lata del requisito della prevedibilità del danno; nonché la tesi secondo cui la limitazione della responsabilità al danno prevedibile, e il particolare rigore nella quantificazione del pregiudizio risarcibile, troverebbero una sponda nello statuto costituzionale dell'amministrazione e in particolare nel principio dell'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost): molto discutibilmente convertito da regola di garanzia per le generazioni future in regola a presidio di un debitore speciale[61].

Ma al di là di questi e ulteriori aspetti particolari, sui quali non si può qui indugiare, all'osservatore non può sfuggire un dato di carattere generale, ovvero che la qualificazione della responsabilità dell'amministrazione come responsabilità contrattuale e l'insistenza sulla dimensione relazionale dell'attività procedimentale si risolvono entrambe in una limitazione ulteriore delle già oltremodo ristrette vie del risarcimento dei danni nei rapporti di diritto pubblico: conseguenza del carattere contrattuale della responsabilità è infatti che l'amministrazione non risponde dei danni imprevedibili; mentre conseguenza dell'applicazione di questi schemi nel rapporto di diritto pubblico è una quantificazione oltremodo stringente del danno risarcibile, che spesso ne giustifica l'azzeramento.

In prospettiva emerge quindi la pressante esigenza di evitare forzature degli istituti privatistici in danno al cittadino, esigenza che si aggiunge a quella di evitare il consolidamento in punto di responsabilità della pubblica amministrazione di “due costruzioni del sistema tra loro divergenti, dovute rispettivamente alla Cassazione e al Consiglio di Stato, a seconda che il danno lamentato sia o meno riconducibile all'esercizio di un potere”[62].

Se il giudice amministrativo intende incamminarsi con convinzione nella costruzione di un regime della responsabilità dell'amministrazione improntato agli schemi civilistici, regime che coesiste con gli ambiti attualmente riconosciuti alla giurisdizione civile in questa materia, appare arduo non prendere in considerazione la proposta di affidare alla Corte di cassazione la funzione nomofilattica sulle questioni risarcitorie, quale presidio dell'effettiva unitarietà del regime della responsabilità a fronte della dualità delle giurisdizioni che si occupano della materia.

Una soluzione di questo tipo, del resto, consentirebbe di rispondere alla domanda, che altrimenti soffia nel vento, se il riscontrato effetto di limitazione della tutela risarcitoria derivante dall'applicazione di dogmatiche di estrazione civilistica nel diritto amministrativo sia ineluttabile^[63]; o se piuttosto, quantomeno nell'ambito della responsabilità, esso non consegua ad un certo e strumentale impiego che delle stesse fa la giurisprudenza amministrativa; in altre parole, di dissipare il dubbio che sia una certa interpretazione distorta delle categorie privatistiche da parte del giudice amministrativo, più che le categorie medesime, a sbarrare la strada verso una amministrazione responsabile.

Non si tratta però dell'unica strada possibile per dare maggiore coerenza al tormentato assetto della responsabilità della pubblica amministrazione.

Ove si ritenesse che il giudice ordinario sia quello più attrezzato a giudicare della responsabilità civile della pubblica amministrazione, varrebbe la pena di considerare l'ipotesi che la gran parte delle questioni risarcitorie nei rapporti tra cittadino e amministrazione concerne in realtà diritti soggettivi (vuoi perché la lesione dell'interesse legittimo integra la fattispecie dell'art. 2043 c.c., dalla quale sorge il diritto soggettivo al risarcimento^[64]; vuoi perché il modello di responsabilità introdotto con la sentenza n. 500 comporta, per le ragioni viste, il risarcimento dei soli diritti) e che, non essendo il risarcimento materia di giurisdizione esclusiva (vi ricade solo il danno da ritardo), le relative controversie spettano al giudice ordinario.

Si tratterebbe di una soluzione drastica, certamente coerente al suo interno, che risolverebbe in radice il problema della torsione degli istituti civilistici, perché l'intera responsabilità dell'amministrazione verrebbe consegnata al diritto privato e al suo giudice naturale. Essa però si pone in contrasto con quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004, la quale ha configurato il risarcimento del danno come strumento di tutela ulteriore dell'interesse legittimo, e con gli sviluppi anche normativi dell'ultimo decennio (basti il riferimento all'art. 30, c.p.a.).

Infine, una soluzione per certi versi antitetica a quest'ultima, ma probabilmente più coerente con l'attuale assetto del diritto positivo, a cominciare dall'art. 7, c.p.a., consiste nel riconoscere la sussistenza della giurisdizione amministrativa su tutte le controversie risarcitorie scaturenti da attività amministrativa di diritto pubblico, tanto che la fonte del danno sia il provvedimento tanto che sia il comportamento procedimentale^[65], eventualmente accettando la configurazione di una ipotesi di giurisdizione esclusiva implicita^[66].

Questa soluzione, per un verso, limiterebbe al massimo la concorrenza di due regimi di responsabilità della pubblica amministrazione, poiché la giurisdizione del giudice civile si occuperebbe esclusivamente della cognizione dei danni prodotti dall'amministrazione nella sua attività di diritto privato, e, per altro verso, potrebbe consentire al giudice amministrativo di perfezionare il regime della responsabilità della pubblica amministrazione con un certo grado di autonomia rispetto alla tradizione civilistica, riducendo il rischio di interpretazioni discutibili di categorie del diritto privato in danno al cittadino. In questo scenario sarebbe auspicabile, a mio avviso, che la giurisprudenza amministrativa aprisse con più convinzione alla responsabilità da comportamento, ammettendo il risarcimento dei danni per comportamento scorretto anche oltre l'ambito della contrattazione pubblica.

[1] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 17.4.

[2] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 17.3.

[3] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 17.4.

[4] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 17.4.

[5] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 17.4.

[6] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, parr. 20 e seguenti.

[7] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 25.

Nella giurisprudenza civile è da segnalare la recente sentenza Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, secondo cui la responsabilità dell'amministrazione nasce nell'ambito di un rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato, laddove il secondo fa affidamento nella correttezza del contegno del primo. In questa ottica il fatto dannoso, suscettivo di generare la fattispecie risarcitoria pur in assenza di provvedimento, è rappresentato dal comportamento complessivamente scorretto tenuto dalla pubblica amministrazione all'interno del procedimento. La situazione lesa è il correlato diritto soggettivo del privato che fa affidamento sulla correttezza dell'azione amministrativa: donde la giurisdizione del giudice ordinario. La responsabilità è da contatto e trova applicazione il regime della responsabilità contrattuale.

Con questa pronuncia la Corte di cassazione si pone nel solco della sua giurisprudenza precedente, la quale aveva ritenuto che spetta al giudice ordinario la questione concernente la responsabilità dell'amministrazione per danni arrecati al privato con il ritiro di un provvedimento favorevole in violazione dell'affidamento, poiché in tal caso il fatto generatore dell'illecito non è il provvedimento ma il comportamento ondivago e scorretto della pubblica amministrazione, comportamento che non sarebbe neppure mediamente riconducibile al potere (Cass. sez. un. ordd. nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, su cui, per tutti, M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. plen. 23 marzo 2011 n.3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU. 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.federalismi.it, 2011).

Rispetto a questo orientamento, la sentenza n. 8236 segna un avanzamento della tutela risarcitoria, poiché con essa la Cassazione estende la propria giurisprudenza in tema di tutela dell'affidamento e giurisdizione del giudice ordinario ai casi in cui l'amministrazione, pur senza intervenire con un provvedimento espresso lesivo dell'affidamento stesso, ponga in essere nel corso del procedimento un comportamento ondivago (sempre ritenuto non riconducibile, neppure mediamente al potere), sfiancando il privato con indicazioni contraddittorie e defatiganti.

La sentenza della Cassazione n. 8236/2020 è annotata da G. Tropea – A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (Nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, in www.giustizia-insieme.it, 15 maggio 2020, cui si rinvia anche per una sintetica ma puntuale ricognizione degli orientamenti della Cassazione in tema di responsabilità dell'amministrazione per violazione dell'affidamento del cittadino, nonché dei rilievi prevalentemente critici della dottrina amministrativistica nei riguardi della posizione espressa dalla Cassazione a proposito della qualificazione come diritto soggettivo della situazione soggettiva del privato a fronte di un comportamento procedimentale illecito della pubblica amministrazione. A questo proposito gli AA, rilevano che il comportamento dell'amministrazione, lesivo dell'affidamento, è comunque riconducibile all'esercizio di un potere pubblicistico: non potendo questo essere “derubricato alla stregua di un comportamento materiale”, la situazione giuridica soggettiva del privato, di cui si chiede il risarcimento, avrebbe consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. Per l'idea che l'elemento decisivo per radicare la giurisdizione amministrativa sia sempre e comunque la riconducibilità dell'azione dell'amministrazione all'esercizio del potere, essendo invece irrilevante se l'azione stessa sia qualificata come atto o come comportamento, v. già M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 899.

Invero questa sembra essere la strada imboccata da Cons. Stato, ad plen., 4 maggio 2018, n. 5, la quale ha configurato una tutela risarcitoria, autonoma dalla spettanza del bene della vita, nel caso in cui l'amministrazione violi le regole (di diritto privato) che concernono il comportamento della pubblica amministrazione, tra le quali spicca il principio di buona fede, distinguendo nettamente queste regole da quelle (di diritto pubblico) che regolano l'esercizio del potere e la formazione del provvedimento e che sono presidiate dalla tutela di annullamento. Va però segnalato che la sentenza non ammette la responsabilità da comportamento scorretto in termini generali, bensì in un contesto particolare, rappresentato dalla fase conclusiva delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, in virtù della assimilazione di questa fase alle trattative precontrattuali.

[8] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 31 e relativi sotto-paragrafi.

[9] Questa osservazione del C.g.a. conferma quanto osservato in dottrina a proposito della centralità che il tema della funzione riveste nell'ambito delle diverse ricostruzioni della responsabilità della pubblica amministrazione. Ed invero, "Le argomentazioni tecnico-giuridiche addotte rispetto a specifici profili problematici in tema di responsabilità vanno [...] esaminate tenendo conto del fatto che in gran parte dei casi la loro veridicità non può apprezzarsi in termini astratti, ma solo in rapporto al tipo di "aspettative" che, in concreto, si ripongono nel "sistema risarcitorio" dei danni cagionati dalle pubbliche amministrazioni" (M. Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione: A) Profili sostanziali*, in *Enc. dir. ann.*, Milano, 2016, par. 2).

[10] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, parr. 32,33 e 34.

[11] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 32.

[12] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 32.

[13] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 33. La sentenza precisa che stante la infungibilità della prestazione dell'amministrazione, la quale comporta che il privato non abbia altra scelta che rivolgersi alla stessa per ottenere il bene, le regole di condotta vanno intese come "precisi obblighi di protezione rispetto ai portatori di interessi coinvolti dall'agire pubblico".

[14] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 34.

[15] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 38 e relativi sotto-paragrafi.

[16] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 38.3.

[17] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, parr. 28 e 29.

[18] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 29.

[19] La tesi del diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo, come noto, si deve a E. Cannada Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 9 ss., ed è ripresa da ultimo da F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, Piazza del Quirinale e Piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in www.giustiziainsieme.it, 11 novembre 2020, spec. nota 20; Id., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in www.federalismi.it, 2020, 104 ss., dove peraltro sono svolte osservazioni critiche nei riguardi della c.d. "patrimonializzazione" dell'interesse legittimo.

[20] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 29.

[21] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 29.

[22] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 29.

[23] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 37.

[24] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 37.

[25] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 37.

[26] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 37.

[27] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 37.

[28] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 39.

[29] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 40.

[30] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 40.

[31] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 40.

[32] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 41.

[33] C.g.a., sez. giur., n. 1136/2020, par. 42 e relativi sotto-paragrafi.

[34] G. Severini, *La trasparenza delle decisioni e il linguaggio del giudice. La prevedibilità e la sicurezza giuridica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019, 6.

[35] Sulla regola aurea di cui al testo, e per diverse preziose indicazioni sullo stile delle sentenze, cfr. G. Severini, *op. cit.*, 14.

[36] Sull'art. 3 c.p.a. cfr. P. Carpentieri, *I provvedimenti del giudice*, in B. Sassani - R. Villata, a cura di, Torino, 2012, 1083 ss.; M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, 107 ss.

[37] Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 dicembre 2016 ai sensi dell'art. 13 -ter dell'allegato II al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

[38] G. Severini, *op. cit.*, 13.

[39] F. Patroni Griffi, *Forma e contenuto delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 26, il quale aggiunge che la sentenza "prolissa" ha ulteriori "evidenti inconvenienti: fa perdere tempo a chi la scrive, ma anche a chi la legge e deve decidere se impugnarla (la parte) o se confermarla o riformarla (il giudice di appello); è generalmente meno chiara, perché meno consequenziale sul piano espositivo e logico; corre il rischio paradossale, ma non tanto, di esporsi a revocazione, anche per omessa pronuncia; rende quasi impossibile la corretta enucleazione del principio di diritto che va sempre rapportato al caso concreto deciso".

[40] Sono le caustiche parole Gorla, riprese da F. Patroni Griffi, *op. cit.*, 26.

[41] G. Barbagallo, *Per la chiarezza delle sentenze e delle loro motivazioni*, in *Il linguaggio della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2016, parte V.

[42] F. Patroni Griffi, *op. cit.*, 25.

[43] È quanto rileva A. Cassatella, *La Plenaria limita i casi di rinvio al giudice di primo grado*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 207 ss., in relazione alle pronunce dell'adunanza plenaria, specie laddove siano esercizio della funzione nomofilattica prevista dall'art. 99 c.p.a. L'A peraltro prosegue osservando correttamente che "Le eccedenze argomentative potrebbero tuttavia essere assimilate ad osservazioni di politica del diritto estranee all'oggetto dell'intervento della Plenaria, come individuato dall'art. 99 c.p.a."

[44] G. Severini, *op. cit.*, 11.

[45] F. G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 6 ss.

[46] F. G. Scoca, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, Torino, 2017, 301: "ove si rifletta a fondo, il riferimento all'interesse al bene della vita, la cui lesione (essa sola, sebbene congiunta con la lesione dell'interesse legittimo), apre la strada al risarcimento del danno, potrebbe risultare (e, sul piano logico, certamente risulta) un modo inedito per negare ancora una volta la risarcibilità degli interessi legittimi, nel senso che la loro lesione non "giustifica" di per sé il risarcimento".

[47] Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.

[48] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 311 s., 314-316: "Quanto alla risarcibilità degli interessi oppositivi, la distinzione tra lesione dell'interesse legittimo e lesione del diritto soggettivo, che sia stato illegittimamente estinto (o ridotto), è molto semplice: il diritto soggettivo, preesistente all'azione dell'amministrazione, viene leso dal provvedimento ablatorio che si assume illegittimo; l'efficacia, anzi l'esecuzione, di questo provvedimento comporta il mancato godimento del diritto, da parte del suo titolare, per il tempo in cui perdura l'effetto del provvedimento illegittimo. Il mancato godimento del bene non costituisce danno riferibile al (la lesione del) interesse legittimo, ma propriamente danno riferibile al (la lesione del)

diritto soggettivo. La lesione dell'interesse legittimo, in quanto tale, si ha, invece, in relazione al comportamento dell'amministrazione, che sia lesivo dell'interesse ad avere un provvedimento tempestivo, che non sia ingiustificatamente sfavorevole, e la cui formazione risponda alle regole procedurali e ai principi di correttezza e buona fede [...] La lesione dell'interesse (oppositivo), che ben può aggiungersi a quella del diritto soggettivo [...] attiene all'andamento del procedimento: è determinata dal mancato rispetto delle norme che lo disciplinano, dall'inadempimento dei doveri che ne derivano, dall'ingiustificato annullamento della sua durata, dal suo inutile appesantimento con incumbenti non necessari e non utili, dal suo contenuto ingiustificatamente sfavorevole. Se si tiene e distinto ciò che attiene al bene (finale) della vita da ciò che costituisce l'oggetto dell'interesse legittimo, risulta chiaro che il risarcimento per lesione dell'interesse legittimo si può avere anche se il bene della vita legittimamente non spetta al privato”.

“Per gli interessi pretensivi si ha un quadro differente rispetto a quello che è proprio dell'interesse oppositivo: non c'è un bene della vita che possa essere leso, dato che la sua acquisizione passa necessariamente per (è condizionata dal) l'adozione di un provvedimento amministrativo che accolga la domanda del privato. L'illegittimità del procedimento di diniego si riflette, in linea di principio, sull'interesse legittimo, il quale può risultare leso dal mancato rispetto delle regole di comportamento dell'amministrazione, come nel caso dell'interesse oppositivo. L'ipotesi di maggior spicco è il risarcimento del danno da ritardo nell'adozione del provvedimento; danno che (ormai) si verifica, anche se il provvedimento tardivo è negativo, e lo è illegittimamente- [...] Può aggiungersi, nel caso dell'interesse pretensivo, al danno propriamente riferibile alla lesione dell'interesse legittimo, anche un danno riferibile al (la aspettativa al) bene della vita?”. Secondo l'illustre Autore la risposta da dare a questa domanda è positiva: “occorre prendere in considerazione la disciplina positiva sul grado di “spettanza” del bene richiesto, che può desumersi, in negativo. (ma con buona approssimazione), dalla misura della discrezionalità attribuita all'amministrazione. Non si tratta di ipotizzare giudizi prognostici, bensì di valutare la disciplina specifica applicabile al caso concreto, tenendo conto sia della sussistenza dei necessari presupposti di fatto (che può essere dimostrata dall'interessato), sia delle scelte e delle valutazioni eventualmente già fatte dall'amministrazione [...] IN conclusione, si può affermare che il danno, nel caso degli interessi pretensivi, riguarda la lesione del bene (finale) della vita, soltanto in caso della sua “spettanza virtuale””.

[49] A. Romano Tassone, *Risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo*, in *Enc. dir. agg.*, Milano, 2001, par. 11; M. Renna, *op. cit.*, par. 5, secondo cui le norme sul procedimento “impongono all'amministrazione di porre in essere determinati adempimenti i quali, oltre ad avere un valore intrinseco alla procedura (determinandone i passaggi e le tempistiche), hanno anche — e spesso soprattutto — un valore ulteriore, poiché assicurano alle parti del procedimento utilità autonome rispetto all'esito sostanziale della attività amministrativa. Si pensi alle norme che sanciscono l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, di concludere il procedimento entro termini predeterminati, di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, di consentire l'accesso agli atti. Poiché l'assolvimento di questi obblighi “non è condizionato ad alcun tipo di apprezzamento discrezionale [...]” la mancata osservanza degli stessi, “ai quali si contrappongono autentici diritti”, va sussunta nel paradigma della responsabilità da inadempimento, la quale, come riconosciuto anche dalla contemporanea dottrina civilistica [...] vanta un ambito di applicazione più ampio rispetto al perimetro dei rapporti *stricto sensu* contrattuali”. Sul punto sia consentito il rinvio a M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 185-187, 240 s.

[50] E. Follieri, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *www.giustamm.it.*, dicembre 2017, 9 ss., 13 s.

[51] La responsabilità dell'amministrazione per violazione delle regole di diritto privato che governano il comportamento della pubblica amministrazione, tra le quali spicca il principio di buona fede è affermata da Adunanza plenaria, la quale distingue queste regole da quelle (di diritto pubblico) che regolano l'esercizio del potere e la formazione del provvedimento e che sono presidiate dalla tutela di annullamento.

[52] Del resto, la tesi che collega la responsabilità da lesione dell'interesse legittimo (o del diritto procedimentale) alla violazione di una regola di condotta indubbiamente individua una fattispecie di responsabilità diversa da quella derivante dalla lesione della situazione sottostante, ma si espone a un inconveniente pratico. Una volta negata l'esistenza di una relazione tra la fattispecie risarcitoria, generata dalla lesione dell'interesse legittimo, e il bene della vita (o meglio, identificato questo bene nell'interesse immediatamente protetto dalla norma procedimentale), diventa infatti problematica l'individuazione del parametro da prendere in considerazione per la quantificazione del danno: dando fiato alla giusta osservazione che, così ragionando, il cittadino che abbia presentato istanza all'amministrazione per ottenere l'autorizzazione all'avvio di uno stabilimento industriale, e nel corso del procedimento abbia subito la lesione dell'interesse legittimo per via della condotta dell'amministrazione, avrebbe diritto ad una somma di denaro identica a quella che spetterebbe al cittadino che abbia presentato istanza per ottenere l'autorizzazione ad ampliare un balcone e abbia subito la stessa violazione procedimentale da parte dell'amministrazione.

Allo stato del diritto positivo, se si vuol dar consistenza alla pretesa risarcitoria collegata alle mere situazioni procedurali, si dovrebbe accentuare la funzione punitivo-sanzionatoria della responsabilità, poiché ciò consentirebbe di condannare al risarcimento l'amministrazione che non rispetti le situazioni procedurali anche indipendentemente dall'eventuale pregiudizio patrimoniale patito dal singolo. Questa soluzione, considerata la notevole elasticità che il sistema italiano della responsabilità civile ha dimostrato nel tempo (basti pensare alla vicenda del danno punitivo o alla lettura evolutiva degli artt. 2043 e 2059 cc.), è meno fantasiosa di quanto potrebbe apparire a prima vista. Essa nondimeno evoca una deviazione della

responsabilità della pubblica amministrazione dal modello civilistico tradizionale, e dunque si iscrive nella prospettiva generale della responsabilità amministrativa di diritto pubblico.

[53] A questo proposito si può ricordare che la rete di contenimento degli interessi legittimi risarcibili costruita dalla Cassazione con la sentenza n. 500 si ispirava al pensiero di F.D. Busnelli, *Lezione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e resp.*, 1997, 271, secondo il quale “alla auspicata caduta del ‘muro’ della irrisarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi non deve [...] seguire una apertura indiscriminata alla risarcibilità, affidata esclusivamente al prudente apprezzamento equitativo da parte del giudice; deve, invece, corrispondere la costruzione di una ‘rete di contenimento’ a valle, giustificata e fondata sul principio della ingiustizia del danno, reso flessibile dall’abbandono della concezione tradizionale incentrata sulla lesione dei diritti soggettivi (assoluti), ma pur sempre espressione di un filtro normativo dei danni risarcibili”.

[54] Cons. Stato, ad plen., 4 maggio 2018, n. 5.

[55] Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236.

[56] Per una sintesi del dibattito si rinvia ancora a G. Tropea – A. Giannelli, *op. loc. cit.*

[57] Uno sforzo di questo genere è vano secondo E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 20 s., secondo cui “le responsabilità previste dal codice civile e che si articolano in extracontrattuale e contrattuale non possono applicarsi per il risarcimento da lesione di interessi legittimi. Le responsabilità previste dal codice civile sono manifestazioni di rapporti che si svolgono all’insegna dei diritti soggettivi, dei doveri e degli obblighi in un contesto diverso da quello proprio del diritto amministrativo.

Favorevole al regime speciale della responsabilità di diritto pubblico, sulla scorta della tradizione francese, anche M. Mazzamuto, *A cosa serve l’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 75, il quale considera “del tutto naturale che il giudice speciale del diritto pubblico ricostruisca in termini pubblicistici anche il diritto della responsabilità, così come è avvenuto in Francia, e come era nei desiderata degli antichi Maestri del nostro diritto amministrativo”.

[58] I rapporti tra tutela risarcitoria in forma specifica ed per equivalente presuppongono l’accertamento e la commissione di un illecito da parte della pubblica amministrazione. Si tratta pertanto di una questione interna al tema della responsabilità, da non confondere con quella più generale dei rapporti tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria.

[59] Su cui cfr. Cons. Stato, ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2., per l’interpretazione dell’art. 112, comma 3, c.p.a.

[60] Cfr. E. Follieri, *Il modello di responsabilità*, cit., 23, secondo cui il risarcimento dei danni in diritto amministrativo copre l’area dell’interesse al bene della vita che non ha ricevuto integrale soddisfazione dalla sentenza di annullamento, nonostante il ricorrente, in diritto, avrebbe dovuto ottenere soddisfazione del suo interesse perché illegittimamente leso dall’atto amministrativo, non rispettoso delle regole previste per la sua produzione e la situazione di fatto dovrebbe essere ripristinata in toto. La situazione può essere risarcita solo in via eventuale, quando l’effetto ripristinatorio dell’annullamento non ha modo di dispiegarsi pienamente in conseguenza di eventi e fatti, ormai accaduti, e che non possono essere rimossi retroattivamente. Dello stesso A. v. già la monografia *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 175, dove il risarcimento dei danni da lesione dell’interesse legittimo è concepito come “un modo di adempimento della P.A. all’obbligo di conformarsi al giudicato”. Il risarcimento pertanto va chiesto al giudice dell’ottemperanza.

[61] Del resto non bisognerebbe dimenticare che per la tutela dell’erario esiste uno strumento apposito, che è la responsabilità amministrativo-contabile, per quanto oggi se ne richieda da più parti un uso prudente per evitare fenomeni di burocrazia difensiva.

[62] R. Villata, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 536.

[63] M. Mazzamuto, *I principi costitutivi*, cit., e molti altri lavori dello stesso A.

[64] È la tesi di R. Villata, *Scritti*, cit., 67 ss., 396 s., che infatti critica la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, nella parte in cui configura il risarcimento come strumento di tutela ulteriore dell’interesse legittimo.

[65] M. Mazzamuto, *A cosa serve l’interesse legittimo?*, cit., 63 ss.

[66] F.G. Scoca, *Divagazioni*, 7-10.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1512 - 27 gennaio 2021

Giurisdizione e acquisizione sanante: l'ennesima sciarada (nota a Cass., sez. I, ord. n. 29625/20)

di Giuseppe Tropea

Sommario: 1. Premessa. – 2. La questione rimessa alle Sezioni unite. 3. I diversi orientamenti giurisprudenziali sulla questione della giurisdizione in tema di indennizzo da acquisizione sanante. - 4. Le questioni aperte dopo l'assestamento del 2015. – 5. Provvisorie conclusioni ... in attesa delle Sezioni unite

1. Premessa

L'ordinanza che si annota conferma l'idea, già espressa qualche anno fa, secondo cui «la tematica dell'acquisizione sanante si pone sempre più come questione di diritto processuale, ma al contempo continua a non rimanere avulsa da scenari più generali, posto che oggi il rispetto dei principi sanciti prima dalla Corte EDU, poi dalla Consulta, a garanzia del proprietario rispetto ad una espropriazione indiretta, passano soprattutto, a seconda dei casi, per la rigorosa applicazione e/o per l'affinamento di svariati istituti di matrice processuale»^[1].

Si pensi al tema delicato del giudicato restitutorio e ai poteri del commissario *ad acta*. Secondo il Consiglio di Stato^[2] la preclusione del giudicato restitutorio sussiste come regola generale, con alcune eccezioni individuate in modo più o meno netto^[3]. La medesima sentenza, inoltre, ammette l'usucapione entro ristretti limiti^[4] allo scopo di evitare che sotto mentite spoglie (i.e. alleviare gli oneri finanziari altrimenti gravanti sull'Amministrazione responsabile), si reintroduca una forma surrettizia di espropriazione indiretta, in violazione dell'art. 1 del primo protocollo addizionale della Cedu.

Ancor più recentemente si è esclusa la configurabilità nel nostro ordinamento della rinuncia abdicativa quale atto implicito nella proposizione, da parte di un privato illegittimamente espropriato, della domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario derivante dall'illecito permanente costituito dall'occupazione di un suolo da parte della p.a., a fronte dell'irreversibile trasformazione del fondo[5]. Le ragioni a sostegno di tale opinione sono molto significative[6]. In particolare, si è osservato che la figura non è provvista di base legale in un ambito, quello dell'espropriazione, dove il rispetto del principio di legalità è richiamato con forza sia a livello costituzionale (art. 42 Cost.), sia a livello di diritto europeo. Si è ricordato, sotto questo profilo, che in materia di espropriazione indiretta occorre evitare di ricorrere a istituti che in qualche modo si pongano sulla falsariga della cd. occupazione acquisitiva, cui la giurisprudenza fece ricorso negli anni Ottanta del secolo scorso per risolvere le situazioni connesse a una espropriazione illegittima di un terreno che avesse tuttavia subito una irreversibile trasformazione in forza della costruzione di un'opera pubblica.

Si prospetta, quindi, un coacervo di questioni generali strettamente avvinte, i cui nodi irrisolti determinano persistenti incertezze: non solo i rapporti fra diritto sostanziale e diritto processuale, né solo i rapporti fra diversi ordinamenti (nazionale ed europeo) in tema di proprietà[7], ma anche gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato, anche in questa materia[8]. Si è detto dello spinoso tema dell'usucapione "sanante" e della rinuncia abdicativa. Ma il capo delle tempeste, vero e proprio crocevia di tutti questi rivoli d'indagine e problematicità, non poteva che essere il tema della giurisdizione. In questo caso i profili di ordine sostanziale ad essere chiamati in causa sono da un lato la natura dell'istituto dell'acquisizione sanante, dall'altro il rapporto tra indennizzi e risarcimenti contemplati all'art. 42 *bis* T.U. espropriazioni.

E così, la questione della giurisdizione si indirizza segnatamente proprio sugli indennizzi e i risarcimenti previsti all'art. 42 *bis*, che per il principio di concentrazione ed effettività della tutela (art. 7 c.p.a.) forse dovrebbero ricadere nella cognizione, ormai sempre più estesa (anche alla luce dell'abbandono della tesi della carenza di potere in concreto), del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. E tuttavia sul punto si è andata formando una giurisprudenza che, sulla scia della fondamentale sentenza della Corte cost. n. 71/2015, ritiene che l'art. 42 *bis* del d.P.R. n. 327 del 2001 preveda un autonomo, speciale ed eccezionale procedimento espropriativo, con la conseguenza che, ove detto procedimento sia stato legittimamente promosso, attuato e concluso, il corrispettivo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale liquidato con il provvedimento acquisitivo ha natura non già risarcitoria ma indennitaria, con l'ulteriore corollario che le controversie relative alla determinazione o alla corresponsione di esso sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario[9].

Anche in questo caso appare evidente il legame tra questione processuale e intima natura sostanziale dell'istituto dell'acquisizione sanante. È da tali premesse che è necessario partire per cogliere il parziale cambio di rotta suggerito dell'ordinanza interlocutoria che si annota, con la quale la Sez. I della Cassazione chiede alle Sezioni unite di rivedere l'orientamento consolidato per quanto attiene la fattispecie relativa alla quantificazione della somma di danaro da corrispondersi «a titolo risarcitorio» al proprietario in ragione dell'ablazione dell'area occupata (art. 42 *bis*, comma 3).

2. La questione rimessa alle Sezioni unite

La Sez. I, fermo restando che la giurisdizione sugli indennizzi spetta al g.o., contesta tale appartenenza nel caso del risarcimento per il danno nel periodo di occupazione senza titolo. L'indennizzo, come noto, riguarda il pregiudizio patrimoniale e quello non patrimoniale, determinato quest'ultimo nella misura del dieci per cento del valore venale del bene, sofferti dal proprietario destinatario del provvedimento di acquisizione. Senonché l'art. 42 *bis*, comma 3, stabilisce anche: «per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma».

Nell'orientamento giurisprudenziale precedente maturato si è ritenuto che anche questa posta rientrasse nella competenza funzionale della Corte di appello, sul presupposto che l'utilizzo della locuzione «a titolo di risarcimento del danno» fosse frutto di una «mera imprecisione lessicale che non altera la natura della corrispondente voce dell'indennizzo, il quale essendo unitario non può che avere natura unitaria»^[10].

La Sez. I non condivide: la precedente interpretazione delle Sezioni unite, infatti, forzerebbe il dato letterale della norma, che parla di risarcimento del danno per il periodo di occupazione illegittima^[11]. Non rispetterebbe neanche la sistematica del risarcimento del danno in materia espropriativa, in quanto, per porsi in linea di continuità con la riconosciuta legittimità costituzionale dell'acquisizione sanante, finisce per concepire quest'ultima come una sorta di ombrello che tramuta – sotto la comune copertura indennitaria – in lecito ciò che precedentemente era illecito.

Con una serie di distonie sul piano processuale, come quella relativa alla legittimazione passiva, giocoforza limitata alla sola p.a. che ha adottato il provvedimento di acquisizione sanante accedendo alla tesi indennitaria, ovvero quella relativa all'onere della prova, di fatto sovvertito nella misura in cui l'assorbimento nella fattispecie pan-indennitaria finisce per elidere tale onere, da un lato in base alla giurisprudenza consolidata in tema di poteri giudiziali di determinazione dell'indennità di espropriazione^[12], dall'altro enfatizzando la forfezzazione presuntiva del danno.

Anche sul piano sostanziale vengono individuati degli importanti presupposti teorici che sottendono la tesi avversata: la «definizione di una sanzione della condotta della p.a. sostenuta da una lettura della funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost. che oblitera gli effetti redistributivi che si accompagnano al danno, quale costo da ripartirsi tra tutta la collettività, nella sola affermata necessità di salvaguardare il principio costituzionale di concentrazione della tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti ablatori».

Al fondo, quindi, si afferma l'estraneità della fase risarcitoria al procedimento espropriativo propriamente detto, e si prospetta una prevalenza di tale dato sostanziale rispetto ai principi di ragionevole durata e concentrazione delle tutele. Che, peraltro, come diremo non è detto che siano effettivamente meglio rispettati aderendo alla tesi sinora invalsa in giurisprudenza.

3. I diversi orientamenti giurisprudenziali sulla questione della giurisdizione in tema di indennizzo da acquisizione sanante

Invero la questione non è sempre stata pacifica, e ha dato luogo ad un contrasto di giurisprudenza, o, meglio, ad uno svolgimento in tre fasi^[13].

In una prima fase si ritiene devoluto alla cognizione del g.o., ai sensi dell'art. 133, lett. g, c.p.a., l'indennizzo in parola. Si noti che sostiene tale esegesi anche la giurisprudenza amministrativa[14].

In seguito si segnalano pronunce in cui viene affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[15]. Si argomenta, fra l'altro, nel senso della natura rimediabile dell'indennizzo rispetto alla pregressa illegittimità: in tal senso esso apparirebbe non già proiettato al futuro in vista dell'ablazione del bene, ma ripiegato sull'illecito pregresso. A maggior ragione ciò varrebbe con riguardo al pregiudizio non patrimoniale, non collegabile ad un atto lecito[16]. Si aggiunge, sotto il profilo strettamente processuale, che nel caso dell'acquisizione sanante, a differenza di quello "fisiologico" dell'ordinario procedimento di esproprio, spesso il contenzioso avente ad oggetto il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 42 *bis* coinvolge contestualmente *an e quantum*, sicché in questi casi i principi di ragionevole durata del processo e concentrazione delle tutela militerebbero a favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e non già della Corte d'appello, tanto più a fronte della riluttanza delle amministrazioni ad adottare il provvedimento di acquisizione sanante, dovuta all'insufficienza dei bilanci e al connesso obbligo di comunicazione alla Corte dei conti[17], che determina la contestuale valutazione di *an e quantum* in sede di ottemperanza, ove la giurisdizione esclusiva e di merito ne consentono il congiunto radicamento.

Dopo la sentenza della Corte cost. n. 71/2015 si afferma di nuovo, come si è già accennato, l'indirizzo favorevole alla giurisdizione del g.o., poiché l'acquisizione sanante è ormai da considerare, in modo costituzionalmente e convenzionalmente orientato, quale «procedimento espropriativo semplificato». Sicché oggetto della controversia non è l'operato illegittimo della p.a., bensì il legittimo provvedimento di acquisizione sanante, da cui il carattere indennitario del relativo ristoro. Peraltro si osserva che gli ulteriori argomenti posti a fondamento della "teoria risarcitoria" - cioè l'uso, da parte del legislatore, del termine "indennizzo" anziché di quello "indennità", e la previsione di tale indennizzo per il ristoro anche del "pregiudizio non patrimoniale" - appaiono intrinsecamente deboli: il primo, perché presuppone una permanente, appropriata e precisa utilizzazione del lessico giuridico da parte del legislatore che, invece ad esempio, nello stesso art. 42 *bis*, comma 3, richiamando il D.P.R. n. 327 del 2001, art. 37 (che reca la rubrica "Determinazione dell'indennità nel caso di esproprio di un'area edificabile") per la determinazione dell'indennizzo in caso di provvedimento di acquisizione di aree edificabili, mostra evidentemente di utilizzare i due termini come sinonimi; il secondo perché il ristoro del pregiudizio non patrimoniale, automatico e predeterminato nel quantum in una percentuale del valore venale del bene, è misura accessoria inidonea ad incidere, di per se sola, sul riparto di giurisdizione[18]. Anche in questo caso la giurisprudenza amministrativa si è tendenzialmente uniformata alle prese di posizione delle Sezioni unite successive al 2015[19].

4. Le questioni aperte dopo l'assestamento del 2015

Come conferma l'ordinanza qui commentata, tuttora sono rimaste aperte alcune delicate questioni.

Prima di tutto quella relativa a quale giudice, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, sia competente per le controversie relative alla misura dell'indennità prevista in un provvedimento di acquisizione sanante. Sul punto si è ritenuto che il carattere eccezionale della previsione della competenza in unico grado della Corte d'appello non rappresenti nel

caso di specie un *vulnus* alla regola generale della competenza del tribunale o del doppio grado di giurisdizione di merito, poiché nello specifico settore delle espropriazioni per pubblica utilità la legge espressamente prevede varie ipotesi di competenza in unico grado della Corte d'appello, oltre a quella della opposizione alla stima ai sensi dell'art. 54 T.U. espropriazioni, sicché tale competenza è da considerarsi quale regola generale per la determinazione giudiziale delle indennità dovute nell'ambito del procedimento espropriativo^[20].

Vi sono poi alcune questioni più strettamente processuali, riguardanti le specificità trattate nell'ordinanza qui commentata, che si sofferma sulla somma a titolo risarcitoria individuata al comma 3 dell'art. 42 *bis*.

Innanzitutto il tema dell'onere probatorio, nel caso di pregressa occupazione illegittima (rispetto alla giurisprudenza consolidata sui poteri officiosi del giudice nel caso di indennizzo). L'opportunità di differenziare le due ipotesi di indennizzo previste ai commi 1 e 3 dell'art. 42 *bis* dalla somma a titolo risarcitorio prevista dal comma 3, secondo alinea, della medesima disposizione, a ben guardare si intravede già nel fatto che, una volta superata la tesi risarcitoria, anche in quest'ultimo caso dovrebbe applicarsi l'orientamento della Cassazione secondo cui il giudice procede autonomamente alla determinazione dell'indennità di espropriazione, senza essere vincolato dalle prospettazioni delle parti, qualificate anche come «indicazioni», o meri «punti di vista»^[21].

Appare però non agevole applicare questa peculiare impostazione nel caso di pregiudizio per occupazione illegittima diverso da quello forfettizzato dalla legge in un ventesimo per anno dal valore venale del bene; qui, infatti, sembra più in linea coi principi generali che sia la parte interessata a dover prima dedurre e poi provare i fatti a sostegno della propria domanda. Non stupisce, quindi, che proprio nell'ordinanza qui annotata i giudici si pongano questo problema evidenziando che la forfettizzazione presuntiva del danno non può escludere modifiche sia *in melius* sia *in peius* nello scrutinio della posizione del privato.

Vi è poi il tema del principio di ragionevole durata e concentrazione delle tutele. Senza qui indugiare su come negli anni la ragionevole durata abbia ispirato nei giudici di legittimità interpretazioni spesso discutibili, fondate su una valorizzazione eccessiva del principio a scapito di regole processuali precise e del principio di legalità in materia processuale^[22], il punto è che nel nostro caso non sembra neanche così scontato che la piena realizzazione di tale principio passi per la giurisdizione del g.o. e la competenza della Corte d'appello.

Invero la Cassazione nell'annotata ordinanza sembra continuare a crederlo, nella misura in cui però subordina tale principio alla coerenza con l'assetto sostanziale della materia, valorizzando l'estraneità della fase risarcitoria rispetto al procedimento espropriativo propriamente detto, che nella specie si estrinseca tramite acquisizione sanante.

E, tuttavia, non sempre è così. La giurisprudenza amministrativa appare particolarmente sensibile a questo problema, e ha finito per individuare talune “zone franche” che residuano nella giurisdizione esclusiva, anche accedendo alla tesi pan-indennitaria. Si tratta dei casi di interferenza con il giudicato, qualora il provvedimento ex art. 42 *bis* si innesti su una precedente decisione del giudice amministrativo che abbia specificamente dettato, ad esempio, i criteri specifici per valutare il valore venale del fondo. Secondo tale orientamento laddove si lamenti che l'amministrazione, nell'emettere il provvedimento ex art. 42 *bis*, si sia discostata dalla specifica indicazione valoriale scolpita nella decisione giudiziale,

effettivamente si potrebbe sostenere che la successiva vicenda processuale concerna il doveroso controllo in sede di ottemperanza di decisioni nell'ambito delle quali erano state indicate dal giudice della cognizione le coordinate cui l'amministrazione intimata avrebbe dovuto attenersi anche laddove avesse ritenuto di emettere il provvedimento *ex art. 42 bis*[23].

Tale impostazione vanta una sana dose di realismo sulle modalità operative dell'istituto di cui all'art. 42 *bis*, e sulla centralità che rispetto ad esso hanno assunto in sede contenziosa i riti speciali del silenzio e dell'ottemperanza dinanzi al g.a. Senonché, a darle rigorosa coerenza di sviluppo, essa porterebbe a un possibile recupero dell'impostazione "rimediale", che come si è detto ha già evidenziato la frequente compresenza nel contenzioso sull'acquisizione sanante di questioni indennitarie, e la notevole ricorrenza delle ipotesi di ottemperanza in materia, sicché si potrebbe dire, al contrario di quanto sostiene la Cassazione anche nell'ordinanza qui commentata, che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nell'intero arco di rimedi patrimoniali e non apprestati dall'art. 42 *bis*, eviterebbe la necessità di adire due giurisdizioni, e la sospensione del giudizio sull'indennizzo per pregiudizialità[24].

5. Provvisorie conclusioni ... in attesa delle Sezioni unite

La soluzione prospettata dalla Cassazione, in questo senso, appare condivisibile, ma per ragioni forse opposte rispetto a quelle addotte.

A leggere l'ordinanza ci si chiede, infatti, se il diritto sostanziale debba prevalere sul principio di concentrazione delle tutele, con una propensione dei giudici per tale soluzione.

Al contrario, si potrebbe concludere a favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle poste risarcitorie muovendo più dal dato processuale che dal dato sostanziale.

Di fatti, appare ormai superata l'equiparazione fra attività illecita e risarcimento, come dimostrano i sempre più numerosi casi problematici di indennizzi da attività illecita, di cui alcuni argomentano con una certa ragione le finalità sanzionatorie[25], dalle quali viceversa l'annotata ordinanza vuole discostarsi.

D'altra parte, pure a voler parlare di indennizzo e non di risarcimento, come nella lettera della legge, si pone comunque il problema fondamentale della distinzione e dell'autonomia col procedimento espropriativo "semplificato" rappresentato dall'acquisizione sanante. Distinzione prospettata ancora dalla Sez. I della Cassazione, che peraltro ne evidenzia una natura riparatoria e non sanzionatoria, ma in effetti distonica rispetto alla non agevole operazione di "salvataggio" compiuta da Corte cost. n. 71/2015, allorquando la fattispecie venne inquadrata in modo unitario come «procedimento espropriativo semplificato».

Da un punto di vista processuale, invece, sembrano convincenti i rilievi della Sez. I circa la legittimazione passiva e la prova del danno, in quanto maggiormente in linea con il principio della domanda. Peraltro, il principio di concentrazione non è detto abbia a risentirne, perché la giurisdizione del g.a., salvo il caso di occupazione usurpativa, sarebbe legata alla giurisdizione del g.a. sul provvedimento di acquisizione sanante[26]. D'altra parte, se si accoglie tale impostazione, si ripropone il problema di un'effettiva concentrazione, e sarebbe forse corretto ritornare all'esegesi integralista del 2014 sposata per un breve periodo dal

Consiglio di Stato, che ha offerto solide ragioni per una integrale concentrazione delle poste individuate dall'art. 42 *bis* in capo al g.a.

Viene prima il diritto sostanziale o quello processuale?^[27] Ecco l'ennesima sciarada offerta dall'enigmatico istituto dell'acquisizione sanante.

Attendiamo con interesse le Sezioni unite per un'autorevole risposta.

[1] G. Tropea, *Le persistenti "valvole di sicurezza del sistema": l'acquisizione sanante come questione di stretto diritto processuale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 636. Per una chiara esposizione sulle origini dell'istituto v. M. Conticelli, *L'acquisizione sanante*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. VII, 2017, Torino, 1 ss.

Sulle più recenti questioni in tema si v. anche l'intervista di R. Conti a R. Caranta, F. Goisis, G. Tropea, *Cedu e cultura giuridica italiana 9. La Cedu e il diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 5 marzo 2020.

[2] Cons. Stato, Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2.

[3] *ì*) Quando il privato non ha interesse reale ed attuale alla tutela reipersecutoria, e non propone quindi una rituale domanda di condanna dell'amministrazione alla restituzione previa riduzione in pristino; *ii*) quando il proprietario ha interesse alla restituzione ma il giudice non si pronuncia sulla relativa domanda o si pronuncia «in modo insoddisfacente»; *iii*) quando il giudice amministrativo, ferma restando l'impossibilità di condannare direttamente in sede di cognizione l'amministrazione a emanare tout court il provvedimento in questione, imponga all'amministrazione, eventualmente anche nel rito sul silenzio, di decidere — ad esito libero, ma una volta e per sempre, e nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali — se intraprendere la via dell'acquisizione ex art. 42 *bis* ovvero abbandonarla in favore di altre soluzioni (restituzione del fondo, accordo transattivo, etc.).

[4] A condizione che: *ì*) sia effettivamente configurabile il carattere non violento della condotta; *ii*) si possa individuare il momento esatto della *interversio possessionis*; *iii*) si faccia decorrere la prescrizione acquisitiva dalla data di entrata in vigore del t.u. perché solo l'art. 43 del medesimo t.u. aveva sancito il superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e dunque solo da questo momento potrebbe ritenersi individuato, ex art. 2935 c.c., il giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Prima della pronuncia, buona parte della dottrina si era espressa in toni critici. Cfr. R. Pardolesi, *Occupazione appropriativa, acquisizione sanante, usucapione e valvole di sicurezza*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346, in *Foro it.*, 2014, III, 590 ss.

[5] Cons. Stato, Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 2.

[6] La figura della rinuncia abdicativa, oltre a quanto osservato *supra* nel testo: *ì*) non spiega esaurientemente la vicenda traslativa in capo all'Autorità espropriante; *ii*) viene ricostruita quale atto implicito, secondo la nota dogmatica degli atti impliciti, senza averne le caratteristiche essenziali.

[7] Cfr. F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 379 ss.

[8] Cfr. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2012.

[9] «L'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale per la perdita del diritto di proprietà all'esito — nell'ambito di un apposito procedimento espropriativo, del tutto autonomo rispetto alla precedente attività della stessa amministrazione — del peculiare provvedimento di acquisizione ivi previsto, non ha natura risarcitoria ma indennitaria, con l'ulteriore corollario che le controversie aventi ad oggetto la domanda di determinazione o di corresponsione dell'indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario». Così Cass., Sez. un., 25 luglio 2016 n. 15283, che ha affermato la competenza in unico grado della Corte d'Appello; Id., 29 ottobre 2015 n. 22096. In particolare, la Cassazione nella citata sentenza delle Sez. un., 29 ottobre 2015 n. 22096, ha sottolineato la natura espropriativa del nuovo istituto dell'acquisizione sanante, «innestato su un precedente procedimento espropriativo irrimediabilmente viziato (commi 1 e 2, primo periodo) o, comunque, fondato su titolo astrattamente annullabile sub iudice (comma 2, secondo periodo)»; ha precisato che, «quanto alla disciplina del riparto di giurisdizione tra

Giudice ordinario e Giudice amministrativo ... tale natura determina la piena riconducibilità dell'istituto alle ... disposizioni di cui all'art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a., ed all'art. 53 del d.p.r. n. 327 del 2001» e che l'art. 42 *bis* consente di prefigurare quantomeno due grandi categorie di controversie, a seconda che il loro oggetto sia costituito dalla denuncia di illegittimità del provvedimento di acquisizione e dalla eventuale conseguenziale richiesta di risarcimento del danno, oppure dalla domanda di determinazione o di corresponsione dell'indennità, rientranti nella giurisdizione, rispettivamente, del giudice amministrativo e di quello ordinario. La Cassazione ha affrontato la preliminare questione della natura indennitaria o risarcitoria dell'indennizzo, aderendo alla prima ricostruzione sulla base dei chiarimenti forniti dalla Corte costituzionale nella sentenza 30 aprile 2015 n. 71. La Consulta — nel respingere le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione agli artt. 3, 24, 42, 97, 111, 113 Cost. — ha infatti qualificato, in discontinuità con il passato, il nuovo istituto come una «sorta di procedimento espropriativo semplificato, che assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità, sia il decreto di esproprio, e quindi sintetizza uno actu lo svolgimento dell'intero procedimento, in presenza dei presupposti indicati dalla norma». Pertanto, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia proposta dal privato proprietario di un fondo per l'annullamento della delibera con la quale la p.a., che lo aveva illegittimamente occupato, ne ha disposto l'acquisizione sanante, ove la controversia attenga esclusivamente alla quantificazione dell'importo dovuto in applicazione di detto articolo, non venendo in contestazione l'utilizzo, da parte dell'Amministrazione, di tale strumento né la legittimità dello stesso in relazione alla sussistenza dei presupposti normativamente previsti per la emanazione di un provvedimento di acquisizione sanante: Cons. Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2015 n. 5530; Id., Sez. IV, 15 settembre 2016 n. 3878; Id., Sez. IV, 1 marzo 2017 n. 941.

[10] Cass., Sez. un., 25 luglio 2016 n. 15283.

[11] In tal senso, in dottrina, v. già R. Conti, *Diritto di proprietà e Cedu. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra carte e corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012, 180, il quale evidenzia la distonia fra l'espressione "indennizzo" e l'espressione "risarcimento", arrivando peraltro a ritenere che lo stesso uso del termine "indennizzo" vada letto alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale volta a parificare dal punto di vista sostanziale l'indennità espropriativa al risarcimento del danno da occupazione appropriativa.

[12] Nella giurisprudenza della Cassazione è consolidato l'indirizzo secondo il quale il giudice procede autonomamente alla determinazione dell'indennità di espropriazione, senza essere vincolato dalle prospettazioni delle parti, qualificate anche come «indicazioni», o meri «punti di vista». Si v. Cass. 9 ottobre 2019, n. 25381, Id., 6 giugno 2018, n. 14632.

[13] Cfr. R. Artaia, *La giurisdizione in materia di indennizzo da acquisizione sanante*, in *Urb. app.*, 2016, 398 ss.

[14] Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4445; Id., 29 agosto 2013, n. 4318; Id., 25 giugno 2013, n. 3455.

[15] Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993.

[16] Sul tema, da ultimo, v. A. Scarpa, *Lesione della proprietà e risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, 2019, 353 ss.

[17] Aspetto che, a sua volta, è causa di frequenti delicate questioni giuridiche, come i poteri in materia del giudice del silenzio e quelli del commissario *ad acta*. Si v. M. Mazzamuto, *Il fantasma dell'occupazione appropriativa tormenta i giudici amministrativi*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1514, in *Giur. it.*, 2012, 2668 ss.

[18] Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, n. 22096.

[19] Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2015, n. 5530; TAR Sardegna, sez. II, 12 gennaio 2016, n. 13; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 febbraio 2017, n. 151.

[20] Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, n. 22096.

[21] Cass., sez. I, ord. 25 giugno 2020, n. 12619: «Nei giudizi per la determinazione dell'indennità di esproprio, il giudice ha il potere-dovere di individuare il criterio legale applicabile alla procedura ablatoria sulla base delle caratteristiche del fondo espropriato, senza essere vincolato dalle prospettazioni delle parti, né alla quantificazione, neppure necessaria, della somma eventualmente contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, dovendo questa essere liquidata in riferimento a detti criteri, con conseguente accoglimento o rigetto della domanda a seconda che venga accertata come dovuta un'indennità maggiore o minore di quella censurata».

[22] Si v., per tutti, G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.; R. Villata, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?», in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.*

27 gennaio 2021

[23] Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2016, n. 1910; TAR Marche, sez. I, 24 luglio 2019, n. 508.

[24] Così, infatti, Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993.

[25] Cfr. A. Giannelli, *Indennizzi da attività illecita delle pubbliche amministrazioni: una nuova "rete di contenimento"?*, in *Dir. soc.*, 2020, 509.

[26] Si è visto come in alcuni casi la giurisprudenza ha ritenuto sussistente la giurisdizione esclusiva del g.a., in caso di ottemperanza.

[27] Sul punto sono sempre meritevoli d'estrema attenzione le recenti osservazioni, favorevoli alla prima prospettiva, di R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di F.G. Soca*, che il chiaro Autore mi ha cortesemente consentito di leggere in anteprima.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1833 – 30 giugno 2021

E prima? (spigolature accademiche)

di Chicco Volpe

Della figura di Enrico Guicciardi sappiamo (quasi) tutto.

Sappiamo che prese la cattedra del Diritto amministrativo a Padova nel 1936; che fu allievo di Donati (il quale però era soprattutto un costituzionalista); che da lui deriva la scuola del Diritto amministrativo padovana e a modo suo anche quella benvenutiana.

Ma, prima di Guicciardi, è esistita un'altra scuola del Diritto amministrativo padovana e quindi veneta?

Le mie ricerche sul punto sono ancora incomplete, ma qualche conclusione forse si può già ipotizzare.

La risposta verosimilmente è negativa.

Almeno per come la intendiamo noi, prima di Guicciardi non è esistita a Padova una scuola del Diritto amministrativo o, se è esistita, essa non ha attecchito.

In un certo senso *travestita* da scuola di Diritto amministrativo, è esistita, invece, una scuola di Scienza dell'Amministrazione a cui diedero impulso alcuni studiosi, di formazione essenzialmente economicistica, che si esaurì nel primo ventennio del secolo passato e che aveva come obiettivo quello di formare, più che dei giuristi, una classe dirigente di funzionari dello Stato.

Per cercare di ricostruire i fatti, dobbiamo partire da un punto fermo.

Prima del 1866 il Veneto era assoggettato alla dominazione austriaca e l'Impero si caratterizzò per una forte avversione verso l'importazione delle tesi illuministiche. Questo tanto più fu vero nei territori dominati, come era appunto il Lombardo Veneto

Non solo non esistevano giudici speciali del contenzioso amministrativo, ma la tutela in genere contro la pubblica autorità era piuttosto esile.

In quegli stessi anni in cui - Firenze capitale - Pasquale Stanislao Mancini cominciava ad elaborare le sue raffinatissime tesi che portarono alla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, a Venezia quasi nemmeno si poteva immaginare che esistesse una giustizia contro l'azione dell'apparato pubblico.

Perciò neppure si sentiva il bisogno di qualcuno che insegnasse quelle tutele; forse l'Impero neppure auspicava che tutto ciò venisse insegnato.

Altra cosa, invece, era *organizzare* l'apparato pubblico; creare modelli di amministrazione e personale adeguato.

Il primo a cui venne affidato il compito di formare queste nuove figure professionali fu **Angelo Messedaglia**.

Originario di Villafranca Veronese (1820 - Roma, 1901), si formò all'Università di Pavia, laureandosi presso quella Facoltà giuridica. I suoi interessi si spinsero subito verso gli studi economicistici; soggiornò in Inghilterra e studiò le opere di Malthus. Rientrato in Italia simpatizzò per i moti risorgimentali, in una posizione probabilmente non troppo esposta, ma neppure del tutto anonima.

La prudenza gli consigliò di ritardare di due anni la pubblicazione del suo studio *Della necessità di un insegnamento speciale politico-amministrativo e del suo ordinamento scientifico* (Vallardi, 1851) in cui sostenne che si dovesse tenere distinta la funzione del giudice da quella di chi sovrintendeva all'amministrazione politica (dove l'aggettivo è sinonimo del moderno aggettivo "pubblica").

Ma tutto ciò non era postulato in vista dell'applicazione del principio di divisione dei Poteri, quanto perché il Messedaglia sosteneva che le due funzioni richiedessero forme di professionalità diverse.

Di qui veniva il suggerimento di istituire una nuova Facoltà destinata a tale scopo, da tenersi distinta dalla Facoltà giuridica tradizionale.

Vi si vede, facilmente, il germe di quella futura Facoltà di Scienze politiche che venne aperta a Padova solo negli anni '30 su impulso, soprattutto, di Donato Donati.

Dopo alcune vicissitudini (nel '48 era stato chiamato, per un incarico a Pavia, ma non poté assumerlo per le citate ragioni politiche), il Messedaglia ottenne nel 1849 dall'Università di Padova la patente che lo abilitava all'insegnamento privato di "tutte le materie spettanti all'intero corso dello studio politico legale" (una sorta di libera docenza esercitabile in ogni settore del diritto positivo). Nel 1858, infine, Padova lo chiamò per occupare la cattedra di Economia politica e di Statistica.

Insieme gli fu affidato, per alcuni anni, anche l'incarico della "Scienza delle pubbliche amministrazioni", la cui autonomia egli aveva rivendicato in quel suo scritto del 1851.

Tale incarico costituisce, probabilmente il primo insegnamento amministrativistico che sia stato tenuto presso l'Università degli Studi di Padova.

Nel 1862, peraltro, la stessa Università chiamava un altro professore di Economia politica e di Statistica: Jacopo Silvestri.

Di lui si sa abbastanza poco e nemmeno se ne conoscono bene le opere.

Nacque a Isola di Malo nel 1821 per morire a Lonigo nel 1901. Perse la cattedra nel 1864, per le troppo accentuate simpatie risorgimentali, ma la riebbe nel 1867, con l'annessione del Veneto all'Italia riunita.

In tale frangente al Silvestri venne affidato l'insegnamento che era stato del Messedaglia, ora ridenominato in "Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione".

Egli dovette godere di un certo credito nel panorama degli studi, se nel 1888 prese parte alla commissione che portò V.E. Orlando (già ordinario di Diritto amministrativo a Messina) a ricoprire la cattedra di Palermo.

In ogni caso e come sembra indicare lo stesso titolo di una prolusione che lesse a Padova nel 1886 (*Considerazioni e ammonimenti intorno al principio vitale delle istituzioni politiche e amministrative*), l'approccio di Silvestri alle discipline amministrativistiche deve essere stato, ancora una volta, più affine alla Scienza dell'Amministrazione che non una applicazione consona a quella giurisprudenza dei concetti che, tramite lo stesso Orlando, stava penetrando definitivamente in Italia.

Come il Messedaglia (prossimo all'Alardi e a certi cenacoli poetici vicentini), anche il Silvestri fu uomo eclettico e lo si segnala come persona nota allo Zanella nel cui epistolario viene talvolta citato.

Silvestri resse l'insegnamento del diritto amministrativo fino al 1896, quando cessò dal servizio, verosimilmente senza allievi.

Nel frattempo, probabilmente su impulso dello stesso Messedaglia a cui era in qualche modo legato, l'Università di Padova chiama il terzo giurista prestatore all'Economia politica.

Si trattò di Carlo Francesco Ferraris (Moncalvo 1850) che, laureatosi a Torino nel 1870, completò la sua formazione in Germania e in Inghilterra. Proprio in quest'ultima nazione egli spostò i suoi interessi (originariamente dedicati davvero al diritto pubblico e parlamentare in specie) verso l'economia della cosa pubblica, divenendo una sorta di socialista *ante litteram*.

Rientrato in Italia e gravato da personali problemi economici, alternò incarichi di insegnamento (a Pavia e a Roma) con funzioni ministeriali.

Venne infine chiamato a Padova nel 1885 favorito anche da Luzzatti (che non sembrava amare troppo il Silvestri, con cui invece il Ferraris sembrò poi coltivare buoni rapporti) per succedere alla cattedra del Morpurgo.

Dal 1891 al 1896 il Ferraris fu anche Rettore dell'Università e, cessato dalla carica, subentrò nell'insegnamento del Diritto amministrativo e della Scienza dell'Amministrazione a Silvestri, proseguendo la linea di pensiero già avviata con il Messedaglia.

In concreto, però, il Ferraris tenne per ben pochi anni l'insegnamento (se mai lo tenne), perché fu presto sopraffatto dagli incarichi istituzionali che lo trattennero a Roma.

Deputato dal 1886 e per tre legislature consecutive, fu nel 1905 Ministro dei Lavori pubblici e dal 1913 senatore a vita.

La sua partecipazione alla vita politica del Regno non fu di circostanza formale. Sono state molte le sue iniziative, a favore della istituzione di una prima organizzazione di assistenza previdenziale e di tutela per gli infortuni sul lavoro.

A lui si ispirò la nazionalizzazione delle Ferrovie dello Stato, la cui concessione a privati venne sostanzialmente sterilizzata.

In linea generale, infine, fu un forte sostenitore dell'intervento pubblico nell'economia.

A causa del suo attivismo politico e istituzionale che lo teneva impegnato a Roma, il Ferraris non poté concretamente tenere gli insegnamenti del Diritto amministrativo che dovettero perciò essere affidati per supplenza.

Sappiamo, così, che nel 1910 l'insegnamento fu tenuto da **Federico Cammeo** il quale, formalmente, era stato chiamato presso la Facoltà giuridica padovana per tenere il corso della procedura civile.

Dopo che, di lì a pochi anni, Cammeo passò all'Università di Firenze (che aveva contribuito a fondare), la supplenza passò ad altri professori. Ad esempio, nel 1916 essa venne data a **Alfredo Rocco** (che allora non insegnava il Diritto penale, ma il Diritto commerciale e che, in detta materia, aveva come assistente il dott. Francesco Carnelutti).

È verosimile che, quando nel 1919 Donati venne chiamato a Padova, l'insegnamento del Diritto amministrativo fu supplito da lui.

Furono, dunque, gli anni delle varie supplenze nell'insegnamento di Ferraris quelli che spostarono l'attenzione verso un approccio più tecnico-giuridico del Diritto amministrativo e meno legato alle questioni della Scienza dell'amministrazione, costituendo il germoglio su cui fiorì, successivamente, la scuola padovana propriamente detta.

Con la sua morte (Roma, 1924), Ferraris lascia infine la cattedra e si pone il problema di coprirla stabilmente.

Nel 1925 viene così chiamato da Cagliari **Giovanni Salemi**, quasi certamente con il beneplacito dello stesso Donati, che era piuttosto legato a Santi Romano, al quale pure Salemi era legato, essendo siciliano e affine alla scuola di Vittorio Emanuele Orlando.

Salemi terrà il Diritto amministrativo fino al 1935, quando ha l'occasione di essere chiamato a Palermo, lasciando Padova senza l'eredità di alcun allievo, forse anche perché sovrastato dalla presenza vicina e culturalmente ingombrante di Donati.

Non è forse un caso, anzi, che Donati, forse perché consapevole della situazione, avesse destinato il suo primo allievo (Egidio Tosato) al Diritto costituzionale, mentre aveva destinato il suo secondo allievo (Guicciardi) a coprire il vuoto dell'amministrativo.

La tradizione vuole che, con la fuoriuscita di Salemi, la Facoltà abbia cercato di chiamare Giovanni Miele da Pisa il quale, tuttavia, declinò dopo non poche incertezze. L'aneddotica riferisce, invero, che Miele fu piuttosto noto per essere stato corteggiato da importanti sedi, salvo poi rinunciarvi sempre, una volta approdato a Firenze.

Senza dati oggettivamente verificabili non è possibile offrire ricostruzioni certe, ma non sono del tutto persuaso che l'abdicazione di Miele non possa essere stata in qualche modo ispirata dallo stesso Donati.

Infatti, non appena Miele rinunciò, la Facoltà nel volgere di pochissimi giorni supplì al *deficit* chiamando Guicciardi a ricoprire il diritto amministrativo, quando egli, da neovincitore della cattedra, si era appena insediato a Cagliari dove aveva tenuto il suo primo anno di insegnamento come professore ordinario.

A Guicciardi, infatti, non sarebbe mai stato consentito, come sostanziale prima nomina, di essere inserito nel ruolo di una Facoltà prestigiosa come quella padovana. Per intendersi, è noto che, pur nel secondo dopoguerra, Carnelutti stigmatizzò pubblicamente il fatto che lo stesso Benvenuti avesse ottenuto la sua prima chiamata a Padova, ma - si badi - non a Giurisprudenza, quanto a Scienze politiche.

Lo stato di necessità che era emerso a seguito della rinuncia di Miele consentì dunque che per Guicciardi fosse fatta un'eccezione alla regola.

Quello che avvenne dopo, è noto.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1967 – 1 ottobre 2021

Il processo amministrativo dopo l'estate del 2021

di Francesco Volpe

Sommario: 1. Lo scopo dell'intervento. – 2. Le nuove Regole Tecniche sul processo telematico e l'istituzionalizzazione delle udienze da remoto. – 3. Il procedimento seguito per l'emanazione delle nuove Regole Tecniche, tra terzietà del giudice e partecipazione dei soggetti interessati. – 4. Inattitudine del rito da remoto a soddisfare allo scopo di smaltire l'arretrato. – 5. Il nuovo ruolo paragiurisdizionale del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa. – 6. La complicazione dei riti. - 7. Conclusioni.

1. Lo scopo dell'intervento.

La consistentissima produzione normativa che ha caratterizzato l'estate del 2021 ha toccato anche il processo amministrativo, con provvedimenti apparentemente minori e disorganici, ma che - se considerati nel loro insieme - possono produrre qualche ripercussione sull'impianto generale oltre a ispirare riflessioni più ampie sulla attuale efficacia complessiva del rito.

Cercherò di passarli in rassegna ugualmente senza pretese di organicità, salvo aggiungere qualche considerazione generale a mo' di chiusura.

2. Le nuove Regole Tecniche sul processo telematico e l'istituzionalizzazione delle udienze da remoto.

Innanzitutto, va segnalato che, con proprio decreto del 28 luglio 2021, il Presidente del Consiglio di Stato è tornato – per la terza volta da quando ne ha assunto la competenza – a esercitare la funzione di disciplina del processo telematico, sostituendo tutta la disciplina precedentemente in vigore.

Le differenze tra le vecchie e le nuove Regole Tecniche non sembrano sostanziali, se non per il fatto che viene data una disciplina organica delle c.d. udienze *da remoto*.

Ci si potrebbe stupire della cosa, posto che con il 31 luglio è cessato il regime che prevedeva tali forme di udienze, che erano state istituite in occasione dell'emergenza legata all'epidemia da Covid.

In realtà, non è così.

In ragione dell'art. 17, comma 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, le udienze *da remoto* sono state recepite in via ordinaria, nel processo amministrativo, per quanto riguarda lo speciale rito, che lo stesso art. 17 introduce, relativo alle udienze destinate allo smaltimento dell'arretrato.

Si tratta di un processo alle cui udienze i magistrati partecipano su base volontaria, con la conseguenza che è difficile prevedere cosa possa avvenire nel caso in cui non si reperiscano adesioni in tal senso.

Ugualmente è poco chiaro, nel silenzio della legge, se la partecipazione a tali udienze sarà fatta oggetto di una particolare remunerazione e, soprattutto, se sia consentito, ai magistrati che vi prendono parte, di istruire e relazionare su controversie in eccedenza ai c.d. carichi di lavoro che, come è noto, determinano il numero massimo di questioni che il singolo magistrato può contemporaneamente seguire.

In effetti, l'art. 17 altro non dice se non che “la partecipazione dei magistrati alle udienze straordinarie di cui al comma 5 costituisce criterio preferenziale, da parte del Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa, nell'assegnazione degli incarichi conferiti d'ufficio”.

3. Il procedimento seguito per l'emanazione delle nuove Regole Tecniche, tra terzietà del giudice e partecipazione dei soggetti interessati.

Anche senza considerarne i contenuti, vi sono altri aspetti della nuova disciplina del processo telematico che meritano di essere messi in evidenza.

In effetti, il decreto in parola è stato assunto dal Presidente del Consiglio di Stato dopo aver sentito il Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa, ma senza che siano state interpellate le “associazioni specialistiche maggiormente rappresentative”, come invece era stato previsto dall'art. 4, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con il quale era stato disposto il trasferimento della competenza regolatrice in materia dal Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente del Consiglio di Stato stesso.

L'omesso passaggio procedimentale, da un punto di vista formale, è del tutto corretto.

Infatti, il successivo art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 ha previsto che la nuova disciplina delle regole tecniche sul p.a.t. potesse, fino al 31 luglio 2021, prescindere dai pareri previsti dal citato art. 4. In tal senso, dunque, si è proceduto, con l'emanazione delle nuove Regole Tecniche avvenuta qualche giorno prima della scadenza di detto termine.

Sul punto, tuttavia, mi sembra di cogliere una sostanziale incoerenza di fondo. Tanto il d.l. n. 28/2020 quanto il d.l. n. 137/2020 appartengono alla normativa emergenziale, collegata alla vicenda epidemica. È dunque difficile comprendere perché un parere che, nell'aprile 2020 (d.l. n. 28), non era considerato pregiudizievole tenendo conto delle necessità di quel momento sia diventato tale a ottobre dello stesso anno (d.l. n. 137/2020) e in circostanze storiche pressoché invariate.

Tanto più che, quando il trasferimento delle competenze venne attuato, vi fu chi criticò la misura (e riconosco di essere stato tra quelli). Si era sostenuto, infatti, che il giudice deve essere terzo sia rispetto alle parti sia rispetto alla normativa, sostanziale e processuale, che è chiamato ad applicare, a pena di sbilanciare la posizione delle parti nel processo.

I dubbi che allora emersero vennero tuttavia tacitati proprio in ragione della maggiore incisività che avrebbero avuto le associazioni professionali di categoria, per il mezzo dell'indicato parere. I rischi collegati alla minore terzietà del giudice venivano, in un certo senso, *compensati* da una maggiore partecipazione del ceto forense nel processo decisionale, che avrebbe dovuto in un certo senso evitare l'introduzione di una disciplina troppo sbilanciata.

Constatare che, sia pure in una fase transitoria (ma che poi ha concretamente condotto a una disciplina - quella dettata dal decreto del 28 luglio 2021 - destinata a rimanere permanentemente), tale partecipazione sia stata superata porta a concludere che anche quella sorta di *compensazione* sia venuta meno e che, con il passaggio di funzioni di cui ho fatto cenno, siano rimasti solo gli aspetti potenzialmente pregiudizievoli.

4. Inattitudine del rito da remoto a soddisfare allo scopo di smaltire l'arretrato.

Proprio con riguardo alle udienze *da remoto*, il processo amministrativo è l'unico rito che, dal 31 luglio 2021, le ha abbandonate (nella qual cosa io ravviso un elemento del tutto positivo).

Questo, però, per quanto sopra detto, non vale per le future udienze di smaltimento, le quali, invece, si dovranno svolgere necessariamente *da remoto*. Se, dunque, sono state perse le udienze *da remoto* emergenziali, per altro aspetto, il processo amministrativo è finora l'unico rito che ha introdotto le medesime udienze *da remoto* in via ordinaria.

È mia opinione, tuttavia, che tale novità – in disparte ogni dubbio sulle udienze *da remoto* in sé e sulle conseguenze che le stesse possono potenzialmente causare sulla effettiva collegialità delle decisioni – possa servire ben poco a ridurre l'arretrato.

Da un lato, infatti, non è la forma dell'udienza quel che rallenta i processi.

Per altro verso, non è chiaro, appunto, se la previsione di dette udienze *da remoto* e di smaltimento consentirà di superare i tetti ai carichi di lavoro dei magistrati, che, se invece permanessero, costituirebbero il vero *collo di bottiglia*, preclusivo di ogni possibilità di eliminare l'arretrato accumulato.

Sullo sfondo, peraltro, vi è anche il tema dell'Ufficio del processo, per il quale si stanno impegnando tante risorse, volte al reclutamento di molti *assistenti di curia*. A questi dovrebbe essere preclusa una diretta partecipazione alle decisioni giudiziarie e anche alla semplice stesura dei testi di sentenza, sia pure in conformità a quanto stabilito nelle collegiali camere di consiglio.

È da augurarsi che detto Ufficio conservi tale sua ristretta funzione. Perché, se è vero che una più ampia partecipazione degli *assistenti di curia* all'attività giurisdizionale potrebbe, effettivamente, contribuire a smaltire l'arretrato (tanto più se ciò avvenisse insieme allo svolgimento di ampie udienze di smaltimento, preliminari a sentenze la cui stesura fosse così risolta), per altro verso esporrebbe a rischi non preventivabili sia in termini di *qualità* delle pronunce assunte sia, soprattutto, perché l'esercizio della funzione giurisdizionale è collegata a garanzie di un certo rilievo che così verrebbero omesse.

5. Il nuovo ruolo paragiurisdizionale del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa.

Merita, ancora, di essere messo in rilievo (perché anch'esso collegato con le udienze di smaltimento), quanto è previsto dall'art. 17, d.l. 9 giugno 2021, secondo il quale “ferme restando le udienze straordinarie annualmente individuate dal Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa ai sensi dell'[articolo 16, comma 1, delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104](#), al fine della trattazione dei procedimenti di cui all'[articolo 11, comma 1, del presente decreto](#), sono programmate dal Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa ulteriori udienze straordinarie, in un numero necessario e sufficiente al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi stabiliti, per la Giustizia amministrativa, dal PNRR. A tal fine, il Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa aggiorna il numero di affari da assegnare al presidente del collegio e ai magistrati componenti dei collegi”.

La disposizione si segnala per la partecipazione diretta del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa alla programmazione delle udienze dei giudici amministrativi e addirittura alla determinazione del numero di affari da assegnare ai singoli magistrati.

Premesso che il richiamo all'art. 16 delle disposizioni di attuazione del codice di rito appare, quanto meno, improprio (l'art. 16 non prevede, infatti, nessuna preesistente competenza del Consiglio di Presidenza in tal senso), la disposizione pare inopportuna perché, per ragioni di indipendenza dei giudicanti, l'organo di autogoverno della magistratura amministrativa – anche perché esso è in gran parte elettivo ed è composto da *laici* designati dalle Camere – non dovrebbe poter partecipare, neppure indirettamente, allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali e alle competenze che, altrimenti, sarebbero proprie dei Presidenti dei singoli collegi.

Come per gli *assistenti di curia*, vale anche qui ripetere che è necessario tenere distinti i ruoli e le funzioni, perché su tale distinzione riposano ben precise garanzie.

6. La complicazione dei riti.

L'introduzione di uno speciale rito *da remoto*, destinato allo smaltimento dell'arretrato porta in ogni caso a formulare alcune riflessioni di carattere più generale e a constatare che si è ulteriormente diversificato e complicato il modo con cui il processo amministrativo può giungere a sentenza.

Rispetto al tradizionale schema, oggi si può giungere a sentenza in molti altri modi, con termini e specificità diversi da caso a caso.

Vediamo qui di trattarli in rassegna.

a) Vi è innanzi tutto il sistema ordinario.

È quello tradizionale, a cui fa riferimento l'art. 71 c.p.a.

Il Presidente della Sezione, decorso il termine dilatorio di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso per la costituzione delle parti intimato, fissa l'udienza pubblica, dandone comunicazione alle parti costituite almeno sessanta giorni prima. Seguono termini, calcolati a ritroso dall'udienza, di quaranta giorni liberi per la produzione di documenti, di trenta per le memorie e di venti per le repliche.

b) Vi è poi il sistema ordinario accelerato.

È disciplinato anch'esso dall'art. 71 e differisce dal primo perché il termine di comunicazione dell'udienza di trattazione può essere ridotto fino a quarantacinque giorni, per il caso in cui, su accordo delle parti, l'udienza di merito sia stata fissata a seguito di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare.

Tutti gli altri termini rimangono invariati.

c) Sussiste quindi la definizione in sede di trattazione della domanda cautelare.

L'istituto – infelice erede del *rito veneziano* - è previsto dall'art. 60 c.p.a. e implica che siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso; che sussista la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e che siano sentite sul punto le parti costituite.

La decisione è assunta in forma semplificata e in Camera di consiglio (ma la forma dell'udienza pubblica non costituisce ragione di nullità della sentenza: art. 87, comma 4, c.p.a.).

Il giudice, nel procedere in tal senso, non è vincolato alle domande delle parti, alle quali è consentito di opporsi con conseguenze vincolanti per il collegio solo quando esse dichiarino che intendono proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza,

ovvero regolamento di giurisdizione. In tal caso, il collegio fissa la data per il prosieguo della trattazione in altra Camera di consiglio, fissata all'esito di tali incombenzi (come pure all'esito dell'eventuale integrazione del contraddittorio).

d) Ancora, va ricordata la definizione a seguito di istanza di prelievo.

L'istituto è disciplinato dall'art. 71 – *bis* c.p.a., introdotto dall'art. 1, comma 781, lett. b), l. 28 dicembre 2015, n. 208.

Esso presuppone, appunto, la presentazione di detta istanza, in conseguenza della quale il giudice, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e sentite sul punto le parti costituite, fissa udienza di Camera di consiglio per decidere la controversia.

Trattandosi, appunto, di rito in Camera di consiglio, si applica l'art. 87 c.p.a. Perciò i termini per il deposito delle memorie e dei documenti sono dimezzati.

e) Oggi esiste anche la definizione a seguito di udienza di smaltimento.

Costituisce appunto una delle novità introdotte dall'art. 17, d.l. n. 80/2021 e di cui ho già fatto cenno.

Il rito non si può applicare alle controversie disciplinate dagli artt. da 112 a 117 c.p.a. e, pertanto, non può riguardare le liti per l'ottemperanza, quelle per l'accesso e quelle contro il silenzio inadempimento.

Le udienze si svolgono *da remoto* e in camera di consiglio.

Nonostante il rito consiliare, a queste liti non si applica l'art. 87, comma 3, c.p.a., salvo che per l'ultimo periodo di tale disposizione.

Pertanto, se le parti possono chiedere di essere sentite in udienza (art. 87, comma 3, ultimo periodo, cit.), non vale invece la dimidiazione dei termini per i depositi.

Ovviamente, trattandosi di liti giacenti in arretrato e, quindi, pendenti da tempo, non trova applicazione neppure l'art. 87, comma 3, c.p.a., nella parte in cui esso stabilisce che il giudice è tenuto a fissare la lite nella prima Camera di consiglio utile, decorsi trenta giorni dal termine di costituzione di tutte le parti.

f) Ancora, vi è il rito per la definizione dei ricorsi suscettibili di immediata definizione.

Anche questa è una novità introdotta dall'art. 17, d.l. n. 80/2021, che ha inserito un art. 72 – *bis* nel codice di rito, secondo il quale, “il presidente, quando i ricorsi siano suscettibili di immediata definizione, anche a seguito della segnalazione dell'ufficio per il processo, fissa la trattazione alla prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio. Salvi eccezionali motivi, non è possibile chiedere il rinvio della trattazione della causa. Se è concesso il rinvio, la trattazione del ricorso è fissata alla prima camera di consiglio utile successiva. Se è possibile definire la causa in rito, in

mancanza di eccezioni delle parti, il collegio sottopone la relativa questione alle parti presenti. Nei casi di particolare complessità della questione sollevata, il collegio, con ordinanza, assegna un termine non superiore a venti giorni per il deposito di memorie. La causa è decisa alla scadenza del termine, senza che sia necessario convocare un'ulteriore camera di consiglio. Se la causa non è definibile in rito, il collegio con ordinanza fissa la data dell'udienza pubblica. In ogni caso la decisione è adottata con sentenza in forma semplificata”.

Si tratta, come sembra evidente, di un rito destinato a colpire quelle controversie afflitte da ragioni riconducibili all'art. 35 c.p.a., come tali insuscettibili di portare a qualunque decisione di merito, dal momento che, ove si pongano questioni di detto ultimo tipo, il rito si converte nel rito ordinario.

g) Tra i vari modi con cui la lite può giungere a sentenza, si segnala anche quello che procedere dalla esecuzione dell'accoglimento della domanda cautelare.

L'istituto trova fondamento nell'art. 55, comma 10, c.p.a, secondo il quale “il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito”.

Quello così pronunciato è un vero e proprio provvedimento di accoglimento della domanda cautelare, il cui contenuto consiste, paradossalmente, proprio nella fissazione dell'udienza di merito. All'udienza così fissata si applicano i termini previsti dall'art. 71 c.p.a.

h) Vi sono, infine, i riti non codificati.

Non è infrequente, infatti, che, presso i diversi organi giurisdizionali, si applichino schemi che non trovano un formale recepimento esplicito nel codice.

Tra questi si segnalano quelli che procedono dalle udienze di verifica dell'interesse a proseguire nel processo (talora informalmente definite anch'esse “udienze di smaltimento”). Queste sono una specie di udienze filtro o di smistamento, alle quali le parti sono invitate a dichiarare se permane l'interesse processuale. Per il caso in cui la dichiarazione sia negativa, la lite viene immediatamente definita in rito; altrimenti viene fissata nuova e ulteriore udienza.

Sono noti anche riti non codificati che procedono da decreti di verifica dell'interesse, assunti dal Presidente della Sezione o da un magistrato delegato, in applicazione (esplicita o implicita, ma in ogni caso piuttosto estensiva) dell'art. 68, comma 2, in materia di istruttoria. Essi, in ragione delle risposte che al decreto vengono date, portano talora a decreti di estinzione del giudizio o alla fissazione di udienze di smaltimento o ancora alla fissazione di normali udienze pubbliche di trattazione.

Da ultimo, è noto l'*istituto* del rinvio al merito, che trae spunto da un'udienza di trattazione della domanda cautelare, ma che non sembra potersi identificare né con un provvedimento pronunciato *ex art.* 55, comma 10, c.p.a., né con una sorta di rinuncia alla sospensiva in

cambio dell'udienza di merito (ipotesi a cui, per quanto si è già detto, fa riferimento l'art. 71 c.p.a. per il caso in cui il Presidente anticipi fino a quarantacinque giorni la comunicazione della fissazione dell'Udienza).

A tutti questi diversi riti, che riguardano le controversie ordinarie, si aggiungono poi gli istituti relativi ai riti speciali e quindi:

- a) alle controversie sul silenzio (31 e 117 c.p.a.),
- b) a quelle sull'ottemperanza (112-114 c.p.a.),
- c) a quelle sull'accesso (116 c.p.a.),
- d) a quelle con termini dimezzati (119 c.p.a.),
- e) a quelle sui contratti pubblici (120 e s. c.p.a.) e,
- f) a quelle sul contenzioso elettorale (126 e s. c.p.a.), a loro volta distinte secondo che,
 - f1) riguardino le operazioni elettorali o
 - f2) gli atti preparatori delle elezioni.

Infine, in ragione della domanda specificamente fatta valere e quindi secondo che si tratti di una domanda relativa:

- a) all'annullamento,
- b) alla nullità,
- c) al silenzio inadempimento
- d) alla condanna al risarcimento del danno, d1), in via autonoma o,
d2), contestuale all'azione di annullamento o all'azione sul silenzio,
- e) all'appello nelle controversie *ex* artt. 119 e 120 c.p.a.,
- f) alle cause di primo grado nelle controversie *ex* art. 120 c.p.a.
 - e) alle controversie sull'ottemperanza,
 - f) alle controversie per l'accesso ai documenti amministrativi,
 - g) alle controversie sulle operazioni elettorali,
 - h) alle controversie sugli atti preparatori alle elezioni,

variano anche i termini di notificazione del ricorso introduttivo della lite o del grado di giudizio.

Come si comprende, anche in ragione degli interventi legislativi recenti, che hanno aggravato una situazione già pesantemente compromessa, il processo amministrativo oggi è un vero e proprio dedalo, ben diverso dal sistema con il quale era stato originariamente ideato.

Quello attuale, invece, è un sistema intriso di decadenze che possono risultare pregiudizievoli per le parti.

Esso, inoltre, può condurre a sentenze *nate vecchie*, perché formatesi su pericolose preclusioni (si consideri anche l'art. 104, comma 2, c.p.a.) che impediscono di *fotografare* la fattispecie sostanziale qual è sussistente al momento della pronuncia della sentenza, con la costituzione di vincoli conformativi essi stessi inattuali.

Né sembra del tutto persuasivo sostenere che questa varietà di riti sia compensata dalla necessità di portare a compimento, entro un ragionevole tempo, i processi, perché, infine, tutto ciò dipende da quando il giudice fissa l'udienza di trattazione della causa, tanto più che, entro certi limiti, spetta a questi decidere il rito più opportuno.

L'esperienza, tuttavia, sembra suggerire che proprio in questi non infrequenti ritardi vada ravvisata la principale causa dell'intempestività del processo amministrativo, vieppiù acuita dal fatto che talune controversie (quelle in materie di appalti) - viaggiando su binari che, per volontà di legge, sono assai più veloci - finiscono per rallentare lo svolgimento di tutte le restanti.

7. Conclusioni

La nuova disciplina delle Regole Tecniche sul processo telematico, peraltro, ha contribuito a mettere in luce anche ulteriori riforme di questi mesi, alle quali, forse, è il caso di prestare una certa attenzione. - Che conclusioni trarre dal panorama che emerge e su cui si innestano le riforme dell'estate del 2021?

In primo luogo, a me pare che si debba osservare che, attraverso misure apparentemente di dettaglio, la stagione *covidica* stia consegnando interventi sul processo amministrativo che potrebbero sortire conseguenze piuttosto preoccupanti quanto all'indipendenza e alla terzietà del giudice. Questo vale sostenere soprattutto con riguardo al modo con cui viene attuata la disciplina del processo telematico e al modo con cui il Consiglio di Presidenza è chiamato a partecipare alla programmazione delle udienze e delle attività dei magistrati.

Né deve rassicurare l'onestà intellettuale di è concretamente chiamato a dare esecuzione a queste nuove norme, perché le istituzioni non possono reggersi sulla contingente probità degli individui e perché, infine, vale anche a questo proposito quello fu detto della moglie di Cesare.

In secondo luogo – con riferimento al variegato panorama di riti che stanno cumulandosi – viene a rafforzarsi ulteriormente la convinzione che è sempre più necessario affrontare una

radicale e generale riforma del processo, volta a semplificarne lo svolgimento e a introdurre strumenti di sua accelerazione effettivi e non puramente formalistici.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1898 – 30 luglio 2021

La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021

di Enrico Zampetti

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La responsabilità dell'amministrazione come responsabilità extracontrattuale - 3. La responsabilità dell'amministrazione come responsabilità contrattuale - 4. La posizione della Plenaria - 5. Osservazioni critiche sul prospettato inquadramento nella responsabilità extracontrattuale - 6. Sul requisito dell'ingiustizia del danno - 7. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Con la sentenza n. 7 del 2021 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato alcune rilevanti questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati nell'esercizio della funzione autoritativa, con particolare riferimento alle ipotesi di ritardo nella conclusione del procedimento^[1].

La vicenda contenziosa origina dalla domanda proposta da un'impresa per il risarcimento dei danni subiti a causa del ritardo nel rilascio delle autorizzazioni per la realizzazione di impianti fotovoltaici. Seppur tardivamente, l'amministrazione aveva comunque rilasciato le autorizzazioni richieste, ma in un momento in cui risultava ormai abrogata la disciplina sugli incentivi a favore degli operatori economici autorizzati. Sicchè, al momento del rilascio delle autorizzazioni l'impresa non aveva più potuto beneficiare degli incentivi di cui avrebbe beneficiato se le autorizzazioni fossero state rilasciate tempestivamente. Da qui il danno lamentato a titolo di lucro cessante, per non avere l'impresa potuto realizzare e gestire gli

impianti alle più vantaggiose condizioni derivanti dall'applicazione dei benefici. Il Tar adito in primo grado dichiarava inammissibile la domanda risarcitoria e la decisione veniva appellata al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Ritenuta ammissibile la domanda risarcitoria, il giudice di appello riteneva d'investire la Plenaria di una serie di quesiti, che riguardano essenzialmente due questioni principali tra loro connesse.

La prima questione attiene all'esatta individuazione del fattore causale del danno lamentato dall'impresa, ossia se il pregiudizio sia effettivamente arrecato dal ritardo dell'amministrazione nel rilascio delle autorizzazioni, o se invece vada autonomamente ascritto alla sopravvenienza normativa abrogativa del regime incentivante, con esclusione di un rapporto di causalità diretta tra pregiudizio e condotta inerte dell'amministrazione.

La seconda questione concerne la natura della responsabilità della pubblica amministrazione e richiede di chiarire se tale responsabilità debba intendersi come responsabilità extracontrattuale oppure come responsabilità contrattuale. È noto al riguardo che, a fronte del prevalente orientamento propenso all'inquadramento nella responsabilità extracontrattuale, alcune pronunce del giudice amministrativo e una più marcata posizione espressa dalla giurisprudenza ordinaria prospettano il diverso inquadramento nella responsabilità contrattuale^[ii].

Prima di esaminare più a fondo la pronuncia della Plenaria, occorre dare atto delle diverse posizioni sulla natura giuridica della responsabilità civile della pubblica amministrazione. Solo così potrà essere meglio colta l'effettiva portata della Plenaria, anche con riferimento ad alcuni aspetti di criticità che ne caratterizzano il percorso argomentativo.

2. La responsabilità dell'amministrazione come responsabilità extracontrattuale

La responsabilità della pubblica amministrazione per illegittimo esercizio della funzione autoritativa viene tradizionalmente inquadrata nel modello della responsabilità extracontrattuale. Tale inquadramento ha avuto il suo pieno riconoscimento con la sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 e si basa su un'interpretazione dell'articolo 2043 c.c. per la quale il danno ingiusto sarebbe anche quello arrecato agli interessi legittimi e non soltanto quello inferto ai diritti soggettivi^[iii]. Sul piano generale, l'inquadramento nella responsabilità extracontrattuale viene implicitamente giustificato sul presupposto che l'esercizio della funzione autoritativa non instaurerebbe alcun rapporto contrattuale tra privato e amministrazione, venendo così a mancare il principale elemento costitutivo della responsabilità contrattuale. Conseguentemente, i danni causati dall'esercizio del potere, o dal suo mancato o ritardato esercizio, non sarebbero il frutto di un inadempimento contrattuale, ma di un'indebita lesione della sfera giuridica altrui, in contrasto con il divieto del *neminem laedere*.

Tuttavia, la stessa sentenza del 1999 ha ridimensionato l'enunciata risarcibilità degli interessi legittimi, assumendo che, per accordare la tutela risarcitoria, la lesione non debba riguardare solo l'interesse legittimo ma anche il bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla^[iv]. Condizionare il risarcimento alla lesione del bene della vita implica che il bene della vita spetti effettivamente al privato, poiché, se il bene della vita non dovesse spettargli, una sua ipotetica lesione non sarebbe nemmeno ipotizzabile. Nell'originaria impostazione della Cassazione, il

giudice sarebbe pertanto chiamato a compiere un giudizio prognostico che accerti o meno la spettanza del bene della vita in capo al privato, con la conseguenza che, solo nel caso in cui tale giudizio dia esito positivo, il danno sarà ingiusto e meritevole di risarcimento^[v]. La ricostruzione implica una concezione che tenderebbe ad ancorare l'interesse legittimo al bene della vita e, conseguentemente, ad identificare il primo nel secondo. Al di là dell'apparente distinzione prospettata dalla Cassazione tra interesse legittimo e bene della vita, è, infatti, evidente che, se si ammette la risarcibilità soltanto nei casi di lesione del bene della vita, riesce difficile separare l'interesse legittimo dal bene della vita e il bene della vita risulta direttamente incluso tra gli elementi costitutivi dell'interesse legittimo^[vi].

Successivamente alla sentenza del 1999, la giurisprudenza prevalente ha confermato l'inquadramento nella responsabilità extracontrattuale apportandovi alcuni adattamenti, in un contesto generale nel quale, con la legge n. 205 del 2000, al giudice amministrativo era ormai attribuita la giurisdizione sul risarcimento del danno^[vii]. Si è così evidenziato che, al cospetto di un'attività discrezionale, un'eventuale valutazione del giudice sulla spettanza del bene della vita, sia pur prognostica e virtuale, verrebbe a interferire con le valutazioni riservate all'amministrazione. Pertanto, la giurisprudenza ha progressivamente escluso la possibilità di effettuare il giudizio prognostico nei casi di attività discrezionale, assumendo che, in queste ipotesi, la tutela risarcitoria sia accordabile solo quando la spettanza del bene della vita non sia più in discussione, ossia quando l'amministrazione abbia adottato il provvedimento favorevole dopo l'annullamento giurisdizionale dell'originaria determinazione negativa, oppure abbia superato l'inerzia adottando il provvedimento originariamente richiesto dal privato^[viii].

Tuttavia, più di recente, si registrano posizioni che ritengono configurabile la tutela risarcitoria anche in assenza di un accertamento sulla spettanza del bene della vita e, talvolta, anche a prescindere dalla illegittimità del provvedimento. Si tratta di ipotesi in cui l'amministrazione viola determinati obblighi di condotta, quali ad esempio i doveri di diligenza e correttezza, incidendo lesivamente su una situazione giuridica (ritenuta prevalentemente) di diritto soggettivo, variamente riconducibile all'affidamento, alla libertà di autodeterminazione negoziale o, più in generale, alla sfera personale o patrimoniale degli interessati. Se è pur vero che tali posizioni si ambientano principalmente nella fase formativa dei contratti pubblici, intercettando le dinamiche proprie della responsabilità precontrattuale^[ix], è innegabile che possiedano una capacità espansiva idonea a coinvolgere più in generale l'azione amministrativa, anche oltre lo specifico settore contrattuale. Si pensi ai danni causati dall'annullamento di un precedente provvedimento favorevole, che alcune pronunce della Cassazione riconducono alla responsabilità extracontrattuale per lesione di un diritto soggettivo riconducibile all'affidamento^[x], ovvero ai danni da ritardata conclusione del procedimento che, secondo quanto prospettato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018, possono investire anche il diritto all'autodeterminazione negoziale senza necessariamente interessare il bene della vita sotteso all'istanza del privato^[xi].

Sotto altro profilo, l'inquadramento nella responsabilità aquiliana richiede una condotta rimproverabile sotto il profilo della colpa secondo quanto previsto dall'articolo 2043 c.c. Per la sentenza del 1999, la colpa si anniderebbe in una condotta inosservante dei principi generali dell'azione amministrativa quali i principi d'imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ma non potrebbe desumersi dalla mera illegittimità del provvedimento adottato^[xii]. Si tratta di un concetto di colpa piuttosto impreciso e indefinito, poiché non

sempre è agevole distinguere la semplice illegittimità dalla violazione dei principi generali che presiedono allo svolgimento dell'azione amministrativa. Questa scarsa precisione può indurre ad un aggravamento dell'onere probatorio, imponendo al privato la dimostrazione di un *quid pluris* non automaticamente deducibile dall'illegittimità del provvedimento. Proprio al fine di rendere meno gravoso l'onere del privato, la giurisprudenza ha pertanto ammesso che la colpa possa essere presuntivamente desunta dall'illegittimità del provvedimento, sicché, una volta accertata l'illegittimità del provvedimento, sarebbe l'amministrazione a dover provare l'assenza di una condotta colposa adducendo un eventuale errore scusabile^[xiii].

3. La responsabilità dell'amministrazione come responsabilità contrattuale

Successivamente alla sentenza del 1999, la stessa Cassazione e alcune pronunce del giudice amministrativo hanno prospettato l'inquadramento della responsabilità dell'amministrazione nell'ambito della responsabilità contrattuale.

L'inquadramento nella responsabilità contrattuale non presenta alcuna criticità nelle ipotesi in cui tra privato e pubblica amministrazione intercorra un rapporto contrattuale, e può agevolmente prospettarsi anche nei casi in cui l'obbligo di compiere una determinata attività derivi da un compiuto assetto provvedimentale. Più problematico è quando un siffatto inquadramento voglia riferirsi alla relazione tra privato e amministrazione nell'ambito del procedimento amministrativo, poiché in tal caso occorre verificare se il rapporto procedimentale possa assimilarsi ad un rapporto obbligatorio propriamente inteso.

Sul piano generale, va precisato che non sempre l'esistenza di un rapporto obbligatorio è condizione necessaria per l'insorgenza di una responsabilità di tipo contrattuale. Secondo un consolidato orientamento, la responsabilità contrattuale assume specifico rilievo anche nell'ambito di quelle relazioni particolarmente qualificate non propriamente riconducibili al rapporto contrattuale, ma che pur sempre implicano il compimento di un'attività che coinvolge le parti della relazione. Si ritiene che, sebbene in questi casi non sussista un obbligo di prestazione principale, le parti debbano comunque comportarsi in maniera corretta e secondo buona fede, in attuazione dei c.d. obblighi di protezione desumibili dagli artt. 1175 c.c. e 1337 c.c., i quali, come ne suggerisce la denominazione, sono posti a protezione delle sfere personali e patrimoniali dei soggetti coinvolti^[xiv]. Poiché agli obblighi di protezione sarebbe correlato il diritto ad un comportamento corretto e diligente, la violazione degli obblighi di protezione determinerebbe in capo alla parte inadempiente una responsabilità di tipo contrattuale, anche nelle ipotesi in cui manchi un vero e proprio rapporto contrattuale, a condizione che la relazione raggiunga un consistente grado di qualificazione^[xv]. Tra le ipotesi più note in cui si è riconosciuta rilevanza agli obblighi di protezione anche al di fuori di un rapporto contrattuale, il caso emblematico è quello del medico dipendente di una struttura sanitaria che esegue una prestazione medica nei confronti del paziente. Sebbene tra medico e paziente non sussista alcun rapporto contrattuale, perché il rapporto contrattuale intercorre unicamente tra il paziente e la struttura sanitaria, il medico è pur sempre obbligato a comportarsi in maniera corretta e diligente nell'esecuzione della propria attività, con la conseguenza che dovrà risarcire gli eventuali danni cagionati dall'inadempimento agli obblighi di protezione^[xvi].

Gli obblighi di protezione hanno un ruolo centrale per l'inquadramento della responsabilità della pubblica amministrazione nella responsabilità contrattuale. Si è al riguardo evidenziato che, con l'instaurarsi del procedimento amministrativo, nascerebbe tra privato e pubblica amministrazione una relazione qualificata, nell'ambito della quale l'amministrazione non sarebbe soggetta soltanto alle norme di diritto pubblico, ma anche agli obblighi di correttezza, diligenza e buona fede secondo le norme generali dell'ordinamento civile, ossia a quegli stessi obblighi di protezione che caratterizzano i rapporti obbligatori tra privati. Tuttavia, nell'ambito di tale relazione, gli obblighi di protezione includerebbero anche gli obblighi specificamente codificati nella legge n. 241 del 1990 e s.m.i. Il riferimento è principalmente alle prescrizioni che impongono all'amministrazione di concludere tempestivamente il procedimento, di garantire la partecipazione dei privati, di motivare i provvedimenti amministrativi. Il rapporto procedimentale renderebbe possibile inquadrare tali obblighi in un contatto qualificato assimilabile a un rapporto obbligatorio, con la conseguenza che il loro inadempimento determinerebbe l'insorgenza di una responsabilità contrattuale^[xvii]. Secondo alcune ricostruzioni, la posizione del privato a fronte degli obblighi di protezione o procedimentali sarebbe inclusa nella situazione giuridica d'interesse legittimo, senza necessariamente doversi mutare in diritto soggettivo. In tale prospettiva, l'interesse legittimo verrebbe ad assumere una piena autonomia dal correlato bene della vita, poiché non sarebbe specificamente incentrato sulla pretesa sostanziale, ma sul regolare svolgimento del procedimento amministrativo in vista del conseguimento dell'utilità anelata. La lesione dell'interesse legittimo rilevante a fini risarcitori andrebbe così individuata (anche) nel mero inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, con la conseguenza che, se l'inadempimento cagiona dei danni, il risarcimento è dovuto anche a prescindere da un accertamento sulla spettanza del bene della vita^[xviii]. Secondo altra impostazione, il privato vanterebbe un vero e proprio diritto soggettivo, autonomo dalla situazione giuridica d'interesse legittimo, che avrebbe ad oggetto la pretesa ad un comportamento amministrativo corretto e diligente, a tutela dell'affidamento riposto dal privato nei confronti dell'azione amministrativa^[xix]. Anche in tal caso i danni arrecati al diritto soggettivo in ragione dell'inadempimento agli obblighi procedimentali sarebbero risarcibili senza necessità di provare la spettanza del bene della vita. Nei suoi più recenti arresti, la Cassazione mostra di seguire questa impostazione, con particolare riferimento alle ipotesi in cui l'affidamento del privato sia pregiudicato da una condotta procedimentale incoerente e contraddittoria, che si concretizzi, alla fine, nella mancata adozione del provvedimento atteso^[xx]. Tuttavia, la richiamata impostazione richiede di coniugare la posizione di diritto soggettivo con quella d'interesse legittimo, la quale ultima, quando il campo non sia occupato dal diritto soggettivo, resta pur sempre rilevante al cospetto del potere amministrativo^[xxi].

Va ancora aggiunto che, talvolta, il fondamento della responsabilità contrattuale viene desunto direttamente dalle norme che sanciscono gli obblighi procedimentali. Secondo il modello dell'obbligazione *ex lege*, l'amministrazione sarebbe gravata dagli obblighi procedimentali previsti dalla legge n. 241 del 1990, il cui inadempimento determinerebbe l'insorgere di una responsabilità contrattuale. Se è la legge la fonte diretta degli obblighi procedimentali, più che nel contatto qualificato, il fondamento della responsabilità contrattuale andrebbe appunto individuato nella legge^[xxii].

Ad ogni modo, quale che sia il più corretto fondamento della responsabilità contrattuale, resta il fatto che il danno risarcibile è anche quello derivante dall'inadempimento agli obblighi procedimentali e che la tutela risarcitoria non è necessariamente condizionata dall'accertamento sulla spettanza del bene della vita. A prescindere dalla sua esatta

configurabilità come diritto soggettivo o interesse legittimo, la situazione giuridica del privato non si correla direttamente al bene della vita, ma trova la sua naturale ambientazione nel procedimento amministrativo, restando incentrata sul comportamento dell'amministrazione in vista del conseguimento del bene della vita.

Secondo un'affermazione più volte ripetuta, l'inquadramento nella responsabilità contrattuale renderebbe più agevole la tutela del privato, assorbendo il problema del giudizio prognostico, della spettanza del bene della vita e della dimostrazione della colpa. Tuttavia, il pregiudizio cagionato dall'inadempimento agli obblighi procedurali deve essere provato e ciò non sempre è agevole a causa del carattere formale della violazione^[xxiii]. Fermo restando che l'entità del danno sarà probabilmente inferiore a quella direttamente rapportabile al mancato conseguimento del bene della vita^[xxiv].

4. La posizione della Plenaria

Così ricostruito l'attuale contesto di riferimento, si può esaminare più a fondo la decisione della Plenaria, al fine di meglio precisarne la portata e le relative implicazioni.

Nel dirimere la questione relativa alla natura giuridica della responsabilità da illegittimo esercizio della funzione autoritativa, la pronuncia propende per l'inquadramento nella responsabilità extracontrattuale anziché nella responsabilità contrattuale^[xxv]. A sostegno la Plenaria evidenzia che l'amministrazione *“mantiene rispetto al privato la posizione di supremazia necessaria a perseguire i fini determinati dalla legge con atti di carattere autoritativo in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato”*, precisando che nel *“rapporto amministrativo”* si creano le condizioni perché la pubblica amministrazione *“non possa essere assimilata al debitore obbligato per contratto ad adempiere in modo esatto nei confronti del privato”*. Né il rapporto tra privato e amministrazione potrebbe essere ricondotto *“alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di contatto sociale, in quanto, a tacer d'altro, oltre a quanto osservato sulla natura del rapporto amministrativo, la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di supremazia, e cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul contatto sociale che si fondano sulla relazione partitaria”*. Conseguentemente, *“l'esercizio della funzione pubblica, manifestatosi tanto con l'emanazione di atti illegittimi quanto con un'inerzia colpevole, può quindi essere fonte di responsabilità sulla base del principio generale del neminem laedere”*. La Plenaria ribadisce che, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, il danno può ritenersi ingiusto solo *“se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi”*, ma non quando manchi l'accertamento sulla fondatezza della pretesa e la violazione riscontrata sia di carattere meramente formale. Lo stesso vale per il danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento, dal momento che il requisito dell'ingiustizia *“esige la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole per il quale aveva presentato istanza”*.

L'inquadramento nella responsabilità extracontrattuale renderebbe inapplicabile il limite sulla prevedibilità del danno previsto dall'articolo 1225 c.c. per la responsabilità contrattuale, sicché sarebbero astrattamente risarcibili anche i danni imprevedibili. Ai fini dell'individuazione del danno risarcibile, la decisione invoca l'articolo 1223 c.c., espressamente richiamato dall'articolo 2056 c.c., secondo il quale il risarcimento del danno

comprende la perdita subita e il mancato guadagno “*in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*”. Il criterio rilevante sarebbe, pertanto, quello della c.d. causalità giuridica, in base al quale i danni risarcibili, siano essi prevedibili o imprevedibili, sono soltanto quelli rispetto ai quali il fatto illecito “*si pone in rapporto di necessità o regolarità causale*”.

Proprio in applicazione del criterio della causalità giuridica, la Plenaria dirime l'altra questione relativa al rapporto di causalità tra condotta dell'amministrazione e mancato accesso al regime incentivante, distinguendo il periodo anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina dal periodo successivo alla vigenza del nuovo quadro normativo. Per il periodo anteriore non vi sarebbero dubbi sulla sussistenza del rapporto di causalità tra condotta inerte e perdita degli incentivi, dal momento che “*la regolarità causale che lega i due eventi – ritardo dell'amministrazione nel provvedere e perdita degli incentivi – non può infatti ritenersi recisa dalla sopravvenienza normativa, per la decisiva considerazione che è stato proprio il ritardo a rendere la sopravvenienza rilevante, come fatto impeditivo per l'accesso agli incentivi tariffari altrimenti ottenibili*”. Per il periodo successivo andrebbe, invece, approfondita la sorte delle erogazioni eventualmente avviate nella vigenza del pregresso quadro normativo, verificando se la nuova disciplina imponga l'immediata cessazione dei benefici in corso ovvero li faccia salvi attraverso la previsione di un apposito regime transitorio.

In quest'ultimo caso, il nesso di causalità tra condotta inerte e perdita del beneficio risulterebbe attuale, dal momento che la sopravvenienza normativa non intaccherebbe i benefici maturati nella vigenza della disciplina anteriore e la loro perdita resterebbe imputabile al ritardo dell'azione amministrativa. Nell'altro caso, invece, la perdita del beneficio sarebbe imputabile allo *ius superveniens*, poichè, una volta sopravvenuta la nuova normativa, l'impresa non avrebbe comunque più avuto accesso agli incentivi, con immediata cessazione delle erogazioni eventualmente già avviate. In questa specifica ipotesi, lo *ius superveniens* verrebbe così ad interrompere il nesso di causalità tra condotta inerte e pregiudizio subito, ergendosi a fattore causale autonomo del mancato accesso agli incentivi, con esclusione di responsabilità a carico dell'amministrazione.

Nell'approfondire la questione, la decisione si sofferma anche sul requisito dell'ingiustizia del danno, ribadendo l'orientamento che, ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, richiede che sia accertata la spettanza del bene della vita. Nel caso di specie – rileva la sentenza - l'ingiustizia del pregiudizio sarebbe pacificamente acclarata dal fatto che l'amministrazione, sia pur tardivamente, ha rilasciato le autorizzazioni richieste, riconoscendo così la fondatezza della pretesa sostanziale. Poiché trattasi di danno da lucro cessante proiettato nel futuro, come tale non determinabile con la certezza dei danni (emergenti) “*verificabili sul piano storico*”, la Plenaria evidenzia che l'effettiva consistenza del pregiudizio andrebbe provata secondo i criteri generalmente impiegati per la risarcibilità della *chance*. Quanto, infine, alla liquidazione del danno, la pronuncia ritiene che, ai sensi dell'articolo 2056 c.2. c.c., debba essere rimessa al giudice con “*equo apprezzamento delle circostanze del caso*”, precisando che, in ragione della consistenza probabilistica della prospettiva di guadagno, il lucro cessante lamentato dall'impresa non possa comunque equivalere “*a quanto l'impresa avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione*”.

5. Osservazioni critiche sul prospettato inquadramento nella responsabilità extracontrattuale

5.1. Il prospettato inquadramento nella responsabilità aquiliana conferma il prevalente orientamento inaugurato dalla sentenza n. 500 del 1999. La continuità con l'orientamento maggioritario non esime, tuttavia, dal verificare l'adeguatezza del percorso motivazionale alla base delle conclusioni raggiunte.

Come si è già precisato, le ragioni addotte dalla Plenaria per giustificare il prospettato inquadramento si risolvono nell'escludere l'equiparazione del rapporto procedimentale tra privato e pubblica amministrazione ad un rapporto contrattuale, sul presupposto che, nel perseguire i fini determinati dalla legge, l'amministrazione eserciterebbe un potere autoritativo idoneo ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica del privato. Queste ragioni non risultano pienamente soddisfacenti, in quanto non spiegano esaurientemente perché il contatto procedimentale tra amministrazione e privato non possa essere assimilato ad un rapporto contrattuale, o comunque ad un rapporto qualificato assoggettabile al regime della responsabilità contrattuale. L'assunto che il potere amministrativo incida unilateralmente nella sfera giuridica del privato non appare, infatti, decisivo a giustificare il prefigurato inquadramento, poiché è incentrato esclusivamente sulle modalità di esercizio del potere e non sul tipo di rapporto che effettivamente intercorre tra privato e pubblica amministrazione. Del resto, anche l'esecuzione dei rapporti obbligatori può essere contraddistinta da modalità che implicano un'incidenza unilaterale nella sfera giuridica delle parti. Più pertinente è il richiamo della sentenza al vincolo funzionale che impone all'amministrazione di perseguire i fini predeterminati dalla legge, ma l'argomento non viene ulteriormente sviluppato con riferimento al procedimento amministrativo e alla sua rilevanza per l'effettiva concretizzazione dell'interesse pubblico prefigurato dalla norma. In sostanza, gli argomenti addotti si arrestano alla posizione di supremazia dell'amministrazione quale soggetto deputato a curare autoritativamente l'interesse pubblico, senza confrontarsi adeguatamente con le teorie del contatto sociale e senza più di tanto approfondire le ragioni che impedirebbero di equiparare il rapporto procedimentale al rapporto obbligatorio.

Per meglio cogliere la critica che s'intende muovere alla sentenza, si segnalano di seguito alcuni degli aspetti che, ad avviso di chi scrive, sembrano tuttora opporsi ad un inquadramento nella responsabilità contrattuale.

5.2. Anzitutto, il riferimento alle teorie del contatto sociale per sostenere la tesi della responsabilità contrattuale non appare del tutto conferente, nella misura in cui, salvo casi eccezionali^[xxvi], l'amministrazione è giuridicamente obbligata a concludere il procedimento adottando il provvedimento finale. Quale espressione del principio di legalità, l'obbligo deriva direttamente dalla legge ed è preordinato a garantire la cura in concreto dell'interesse pubblico. Il contatto tra privato e amministrazione implica pertanto la doverosità della "prestazione" principale, a differenza di quanto accade nei contatti sociali invocati per giustificare l'inquadramento nel modello contrattuale, che si caratterizzano per l'insussistenza di un obbligo di prestazione principale e per la sola sussistenza dei c.d. obblighi di protezione^[xxvii].

D'altra parte, il fatto che l'obbligo di concludere il procedimento sia previsto dalla legge non consente di inquadrare tale obbligo in una fattispecie tipica di obbligazione legale. Nelle obbligazioni legali, la prestazione è generalmente predeterminata nei suoi esatti contenuti, in funzione della "*esauriente composizione degli interessi in contrasto*"^[xxviii]. Senonchè, quantomeno al cospetto di un'attività discrezionale, l'obbligo normativo che impone di concludere il procedimento è del tutto neutro rispetto al contenuto della "prestazione" amministrativa,

poiché implica unicamente che l'amministrazione prenda posizione sul "problema" che ha determinato l'avvio del procedimento. Il contenuto della prestazione è determinato solo *ex post* nella fase conclusiva del procedimento, poiché è solo in esito all'istruttoria procedimentale e al contemperamento di tutti gli interessi coinvolti che l'amministrazione sarà nella condizione di adottare la propria scelta finale^[xxix]. La "esauriente composizione degli interessi" non è desumibile a monte dalla legge che impone la doverosità dell'azione, ma ricavabile *ex post* in funzione dei concreti esiti del procedimento^[xxx]. Vero è che, nelle ipotesi di attività vincolata, la prestazione sembrerebbe invece risultare predeterminata dalla legge, ma è pur vero che la scelta finale è sempre concretamente condizionata dallo svolgimento del procedimento^[xxxi].

Sotto altro profilo, la prestazione dedotta nei rapporti obbligatori, e quindi anche nei rapporti ad essi potenzialmente assimilabili, è generalmente il frutto di una relazione assunta spontaneamente e volontariamente dalle parti in funzione della soddisfazione dei reciproci interessi. Un discorso a parte vale per le fattispecie di obbligazione legale, laddove spontaneità e volontarietà non hanno probabilmente lo stesso rilievo che assumono nelle altre fattispecie obbligatorie, ma resta fermo che la prestazione individuata dalla legge mira pur sempre a comporre l'interesse del debitore con quello del creditore. Viceversa, la "prestazione" implicata nel rapporto procedimentale non è né caratterizzata dalla stessa spontaneità e volontarietà, né mira a garantire i contrapposti interessi delle parti. Nelle ipotesi di procedimento avviato d'ufficio, l'assenza di volontarietà e spontaneità è fin troppo evidente, perché l'amministrazione attiva il procedimento di propria iniziativa e il privato subisce l'iniziativa del soggetto pubblico. Diversa parrebbe la situazione quando il procedimento è avviato su istanza di parte, ma deve pur sempre considerarsi che il procedimento non è preordinato alla composizione di interessi appartenenti rispettivamente a un creditore e a un debitore. Infatti, nell'esercizio del potere l'amministrazione non persegue un proprio interesse, ma, nel rispetto del vincolo funzionale, agisce per la cura concreta di un interesse riconducibile alla collettività. Ciò implica che, a differenza di quanto accade per i rapporti obbligatori, il contatto tra privato e pubblica amministrazione non si risolve nella composizione dell'interesse del creditore con quello del debitore, ma nella scelta più adeguata per garantire l'interesse del privato nel contesto di un interesse generale che appartiene alla collettività (e, talvolta, anche con riferimento ad interessi di soggetti non direttamente destinatari dell'azione amministrativa).

Nemmeno l'esistenza di obblighi di protezione o procedimentali gravanti sull'amministrazione appare di per sé decisiva per giustificare l'inquadramento nella responsabilità contrattuale. Tali obblighi caratterizzano necessariamente l'esercizio del potere amministrativo in applicazione dei principi d'imparzialità, correttezza e buona amministrazione, atteggiandosi come doveri comportamentali che l'amministrazione è tenuta a rispettare quando la propria azione incide nella sfera giuridica altrui. Essi risultano perfettamente compatibili con l'inquadramento nella responsabilità aquiliana, nella misura in cui identificano il contenuto comportamentale del divieto del *neminem laedere*, negli specifici casi in cui il soggetto agente sia una pubblica amministrazione^[xxxii]. Del resto, al di fuori dei rapporti propriamente obbligatori, la disciplina legislativa di determinate attività prevede spesso degli obblighi di comportamento proprio a tutela dei soggetti coinvolti nel compimento dell'attività. Inoltre, è indubbio come il rispetto di precisi doveri comportamentali assuma uno specifico rilievo nella valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito civile. Infine, l'eventuale qualificazione come diritto soggettivo della posizione correlata agli obblighi procedimentali non esclude affatto l'inquadramento nella

responsabilità extracontrattuale, per la semplice ragione che la responsabilità extracontrattuale origina sia per la lesione dei diritti soggettivi che per la lesione degli interessi legittimi. Ciò che osterebbe all'inquadramento nella responsabilità aquiliana è l'esistenza di un rapporto obbligatorio tra privato e amministrazione, ma, per quanto si è detto, un siffatto rapporto non appare configurabile nel procedimento amministrativo.

Da ultimo, restano da considerare quelle posizioni che sostengono la natura contrattuale qualificando la relazione procedimentale nei termini di un più generale rapporto giuridico, irriducibile sia ai rapporti obbligatori sia alle relazioni ad essi assimilabili, ma pur sempre collocabile nel modello della responsabilità contrattuale^[xxxiii]. La tesi è argomentata sul rilievo che, nella definizione concettuale di rapporto giuridico, rientrerebbero sia i rapporti legati da un nesso di "funzionalità", come quello che contraddistingue i rapporti obbligatori, sia i rapporti legati da un diverso nesso di "complementarietà", come quello che, fra gli altri, caratterizzerebbe il rapporto tra privato e amministrazione scolpito nella "dinamica *"potere – interesse legittimo"*^[xxxiv]. In altri termini, l'interesse legittimo e l'interesse alla base del potere autoritativo sarebbero avvinti da un nesso di complementarietà, proprio nella misura in cui "la realizzazione dell'uno dipende da ed implica la realizzazione dell'altro"^[xxxv]. Si tratta di argomentazioni di estremo interesse, che di fatto, sia pur da una rinnovata prospettiva relazionale, mantengono la tradizionale contrapposizione tra interesse legittimo e potere amministrativo, sfuggendo così alle criticità insite nell'equiparazione del rapporto procedimentale al rapporto propriamente obbligatorio. Non è certamente questa la sede per trattare l'argomento con il dovuto approfondimento, anche in relazione al concetto di rapporto giuridico e alla sua non univoca riconducibilità al rapporto obbligatorio. In senso critico, si può solo osservare che la disciplina positiva della responsabilità contrattuale sembra avere come principale punto di riferimento il rapporto di tipo obbligatorio e non già ogni relazione che intercorra tra i soggetti dell'ordinamento. Diversamente, ne risulterebbe un'eccessiva erosione dell'ambito della responsabilità extracontrattuale, in assenza di un'adeguata rispondenza al modello normativo della responsabilità contrattuale. Senza inoltre considerare che, come anche evidenziato da una parte della dottrina, la responsabilità extracontrattuale non può ritenersi priva di una dimensione relazionale, sia pur non riducibile ad un "rapporto obbligatorio di adempimento di una prestazione a fronte di una pretesa creditoria"^[xxxvi].

5.3. Siano o meno condivisibili, tutte le considerazioni espresse nei punti precedenti danno un quadro, sia pure incompleto, delle questioni che agitano il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione, evidenziando quali siano i possibili elementi di ostacolo ad un inquadramento nella responsabilità contrattuale. La sentenza in commento non prende specificamente posizione su questi aspetti, deducendo l'inquadramento nella responsabilità aquiliana essenzialmente dalla posizione di supremazia dell'amministrazione quale soggetto preposto alla cura autoritativa dell'interesse pubblico. Un più ampio e diffuso confronto con tutti i profili segnalati, in particolare con quelli riguardanti le teorie del contatto sociale e gli obblighi procedimentali, avrebbe reso più solide le conclusioni raggiunte, dirimendo con maggiore chiarezza e definitività una questione così rilevante sul piano sistematico e per le concrete implicazioni.

6. Sul requisito dell'ingiustizia del danno

Come si è in precedenza esposto, la Plenaria, nel solco dell'orientamento espresso dalla sentenza n. 500 del 1999, assume che l'ingiustizia del danno derivante dall'illegittimo esercizio della funzione autoritativa richiede l'accertamento della pretesa sostanziale del privato, anche nelle ipotesi di ritardata conclusione del procedimento. Se ne deduce che il risarcimento debba escludersi nelle ipotesi in cui, a seguito del giudizio amministrativo, residui in capo all'amministrazione uno spazio di discrezionalità tale da rendere problematico il giudizio prognostico. Una siffatta impostazione implica una concezione dell'interesse legittimo fortemente appiattita sul bene della vita che, almeno per quanto concerne la tutela risarcitoria, viene di fatto a privare il momento procedimentale di una sua autonoma e specifica rilevanza. La stessa impostazione appare inoltre in contrasto con quegli orientamenti giurisprudenziali che, pur da una prospettiva che non esclude l'inquadramento nel modello aquiliano, ritengono risarcibili anche i danni provocati dalla violazione dei doveri di diligenza, correttezza e buona fede, come anche precisati e implementati dalla legge n. 241 del 1990, assumendo che tale violazione incida lesivamente su una posizione di diritto soggettivo, variamente riconducibile all'affidamento riposto in una condotta corretta e diligente, all'autodeterminazione della libertà negoziale o, più in generale, all'ambito della sfera personale o patrimoniale dei soggetti[xxxvii]. In questo contesto, più che l'ammissibilità della tutela risarcitoria, la vera questione da approfondire riguarda la natura della situazione giuridica lesa dall'inadempimento agli obblighi di protezione o procedurali, se, cioè, essa sia effettivamente identificabile con il diritto soggettivo, o se invece debba pur sempre ricondursi all'interesse legittimo. Ma è questione che non può essere affrontata in questa sede e basti averne accennato[xxxviii].

In ogni caso, quale che sia l'esatta natura giuridica della situazione lesa, non sembra in discussione che i danni causati dal comportamento scorretto dell'amministrazione siano meritevoli di risarcimento, anche ove non sia dimostrata la spettanza del bene della vita, a condizione che sia lesa una situazione giuridicamente rilevante, che un pregiudizio sussista effettivamente e che il danno sia debitamente provato. Sotto questo profilo, condizionare l'ingiustizia del danno all'accertamento della pretesa sostanziale può segnare una regressione nella tutela, in contrasto con l'evoluzione riscontrabile in una parte della giurisprudenza. Tuttavia, l'affermazione della sentenza va probabilmente riferita alla peculiarità del caso di specie, dove la spettanza del bene della vita risulta pacificamente accertata dal tardivo rilascio delle autorizzazioni, e non andrebbe pertanto intesa come il riconoscimento di un limite generale alla tutela risarcitoria.

Quanto alla rilevanza della normativa sopravvenuta sul nesso di causalità tra condotta e pregiudizio lamentato, la prospettata distinzione tra il periodo anteriore e il periodo successivo all'entrata in vigore della nuova disciplina rappresenta un compromesso ragionevole basato sul criterio della c.d. causalità giuridica, che riflette il principio per cui un soggetto deve ritenersi responsabile dei soli danni direttamente riferibili alla sua condotta. Quanto, infine, all'entità del danno e ai criteri per la sua liquidazione, le conclusioni della Plenaria appaiono in linea con la disciplina positiva e i principi della materia.

7. Osservazioni conclusive

Si possono così formulare alcune osservazioni conclusive.

L'inquadramento nel modello della responsabilità extracontrattuale prescinde e non è necessariamente condizionato dalla natura della situazione giuridica lesa. Ciò che configura la responsabilità aquiliana è una condotta lesiva della posizione giuridica altrui, sia essa identificabile in una posizione d'interesse legittimo o diritto soggettivo, al di fuori di un rapporto propriamente obbligatorio.

Per le ragioni che si è cercato di esporre il rapporto procedimentale tra privato e pubblica amministrazione non sembra riconducibile né a un vero e proprio rapporto obbligatorio, né ad un contatto qualificato nel quale siano rilevanti esclusivamente gli obblighi di protezione. L'amministrazione è tenuta a perseguire il fine previsto dalla legge, ma la prestazione alla quale il soggetto pubblico è tenuto non è predeterminabile *a priori*, ma solo *a posteriori* in esito allo svolgimento del procedimento, dopo che l'amministrazione abbia contemperato tutti gli interessi coinvolti dalla sua azione e non solo quello dei soggetti che ne sono immediati e diretti destinatari. L'assenza di una prestazione predeterminabile nei suoi contenuti ma ciò non di meno doverosa, l'esistenza del vincolo funzionale e la necessità di una scelta finale che coniughi l'interesse generale con l'interesse del privato escludono l'equiparazione del rapporto procedimentale ad un tipico rapporto obbligatorio, o comunque ad un rapporto ad esso assimilabile secondo le teorie del contatto sociale. Il fatto che l'amministrazione sia gravata da puntuali obblighi di protezione (o procedimentali) non muta la natura della responsabilità da extracontrattuale in contrattuale, ma risponde soltanto all'esigenza che il potere amministrativo sia esercitato nel rispetto dei principi d'imparzialità, correttezza e buona amministrazione. In altri termini, si tratta di obblighi che l'amministrazione è tenuta a rispettare quando la sua azione incide nella sfera giuridica del privato e che, in quanto tali, identificano il contenuto comportamentale dell'azione amministrativa rapportabile al divieto del *neminem laedere*. Ciò, ovviamente, non significa che tra privato e pubblica amministrazione non intercorra un rapporto giuridico, ma si tratta di un rapporto compatibile con la responsabilità aquiliana, se e in quanto irriducibile ad un rapporto propriamente obbligatorio. Come si è già precisato, l'esistenza di una dimensione relazionale non confligge necessariamente con il modello della responsabilità extracontrattuale, soprattutto se la relazione si attua in un procedimento dal quale matura una scelta non altrimenti derivabile o (pre)determinabile^[xxxix].

Va aggiunto che, nell'attuale contesto di riferimento, appare in parte venuta meno l'esigenza originaria alla base dell'inquadramento nella responsabilità contrattuale, ossia quella di garantire la tutela risarcitoria anche in assenza di una dimostrazione sulla spettanza del bene della vita. Ciò trova conferma in una parte della giurisprudenza esaminata che, pur non escludendo la natura extracontrattuale della responsabilità, tende ad accordare il risarcimento anche a prescindere dall'accertamento della pretesa sostanziale, a condizione che la violazione degli obblighi di protezione cagioni effettivamente un danno e che il danno sia debitamente provato. Il fatto che, allo stato, la natura della situazione giuridica pregiudicata dalla violazione sia prevalentemente inquadrata in un diritto soggettivo può avere dei riflessi soltanto sulla giurisdizione, considerato che, nel caso di lesione del diritto soggettivo, la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario, salvo le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il che, come è stato osservato, potrebbe creare delle complicazioni "per la possibile coesistenza di processi amministrativi (per l'azione demolitrice del provvedimento) e civili (per l'azione risarcitoria per lesione dei "diritti" partecipativi), tutte le volte in cui non sussista la giurisdizione esclusiva"^[xl]. Sotto questo profilo ingenera, pertanto, attesa l'imminente decisione della Plenaria, che dovrà pronunciarsi in merito alla sussistenza della giurisdizione amministrativa

sulle controversie relative ai danni cagionati dall'annullamento di un precedente provvedimento favorevole^[xi].

Infine, deve ridimensionarsi l'assunto secondo il quale l'inquadramento nella responsabilità extracontrattuale determinerebbe una tutela più gravosa di quella che l'inquadramento nella responsabilità contrattuale garantirebbe al privato. Il fatto che, nell'ambito della responsabilità aquiliana, non si applichi il limite del risarcimento dei soli danni prevedibili e siano ormai ammessi meccanismi presuntivi per la dimostrazione della colpa, già di per sé riduce il prefigurato divario di tutela tra i due modelli di responsabilità. Né particolari problemi derivano dalla previsione di un termine di prescrizione più breve di quello applicabile alle fattispecie di responsabilità contrattuale, considerato che il codice del processo amministrativo prevede una disciplina speciale sui termini di proposizione dell'azione risarcitoria per lesione d'interessi legittimi. Il diverso termine prescrizione avrebbe rilevanza solo nella prospettiva della responsabilità contrattuale, ove si configuri come diritto soggettivo la natura giuridica della situazione lesa dalla violazione dell'obbligo procedimentale. Forse, anche sotto questo aspetto, l'attesa decisione della Plenaria potrà assumere una qualche rilevanza.

[i] Cons. St., Ad. Pl., 23 aprile 2021 n. 7.

[ii] La sentenza non definitiva del CGARS, 15 dicembre 2020 n. 1136, recante la rimessione alla Plenaria, pone anche altre questioni connesse alle due principali. Tuttavia, ci si soffermerà in particolare sulle due principali, poiché è essenzialmente su di esse che s'incrina la decisione della Plenaria; per approfondimenti sulla decisione, **M. Trimarchi**, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020 n. 1136)*, in questa Rivista, 17 febbraio 2021.

[iii] Per un commento a Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999 n. 500, si veda, in particolare, **F.G. Scoca**, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4045 ss.; **F. Satta**, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, 3233 ss.; **A. Romano**, *Sono risarcibili, ma perché devono essere legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3222 ss.

[iv] Cass., n. 500/1999, cit., secondo cui il risarcimento sarebbe dovuto "soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo".

[v] Con riferimento agli interessi pretensivi, Cass., n. 500/1999, cit., precisa che, ai fini dell'ingiustizia del danno, occorre vagliare "la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta". Secondo una parte della giurisprudenza successiva, questa impostazione viene estesa anche ai danni cagionati dal ritardo nella conclusione del procedimento: "il risarcimento del danno da ritardo è subordinato alla prova della spettanza definitiva del bene della vita correlato ad un interesse legittimo pretensivo, ovvero alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento richiesto abbia dato esito favorevole" (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione IV, 2 gennaio 2019, n. 20; Sezione V, 10 ottobre 2018, n. 5834).

[vi] Sulla configurazione dell'interesse legittimo e le relative questioni, si rinvia per tutti a **F.G. Scoca**, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 296 ss., nonché a G. Greco, *Dal dilemma di diritto soggettivo – interesse legittimo, alla differenziazione*

interesse strumentale – interesse finale, in *Dir. amm.*, 3/2014, 479 ss.; di recente, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020.

[vii] In un contesto di generalizzata possibilità per il giudice amministrativo di disporre il risarcimento dal danno, valgono da monito le considerazioni di **F. Francario**, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in questa Rivista, 24 maggio 2021, secondo cui la patrimonializzazione dell'interesse legittimo non deve diventare un pretesto per “abbandonare la forma di tutela specifica dell'annullamento, l'erogazione della quale ha rappresentato la ragione primaria per cui è stata introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità re se ne è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo”.

[viii] Più precisamente, viene affermato che “il giudizio di spettanza del bene della vita, necessario a fini risarcitori, potrà essere condotto unicamente laddove l'amministrazione abbia riesercitato il proprio potere discrezionale a seguito dell'annullamento giurisdizionale, riconoscendo la spettanza del bene al privato e, in tal caso, il danno sarà solo un danno da ritardo; o, deve aggiungersi, il giudizio di spettanza potrà esser condotto dal giudice amministrativo in tutte le ipotesi di c.d. esaurimento della discrezionalità amministrativa, che, a seconda delle diverse opzioni giurisprudenziali emerse sul punto, su cui non è in questa sede rilevante soffermarsi, possono ricondursi ad ipotesi di c.d. “giudicato a formazione progressiva” (*ex multis*, da ultimo, TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 8 marzo 2021 n. 143).

[ix] La giurisprudenza qualifica la responsabilità precontrattuale nei termini di “una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza” (Cons. St., Sez. VI, 1 febbraio 2013 n. 633).

[x] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595, 6596, relative ad ipotesi di danni cagionati dall'intervenuto annullamento di precedente provvedimento favorevole, che, nel ritenere sussistente la giurisdizione ordinaria sulle relative controversie, assumono che l'amministrazione risponda a titolo di responsabilità extracontrattuale “per violazione del principio del *neminem laedere*”, per avere ingenerato con l'adozione dell'atto poi annullato un incolpevole affidamento la cui lesione è meritevole di risarcimento (per approfondimenti sul tema, **M.A. Sandulli**, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni (brevi note a margine di Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS.UU. 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595, 6596, sulla giurisdizione ordinaria per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *Federalismi.it*, 21 marzo 2011); tuttavia, successivamente, con riferimento ad una vicenda parzialmente diversa, in cui il danno era cagionato dal comportamento ondivago e incoerente dell'amministrazione, concretizzatosi alla fine nel mancato rilascio del provvedimento, la Cassazione ha ricondotto la responsabilità per lesione da affidamento alla responsabilità da contatto qualificato inquadabile nel modello della responsabilità contrattuale (Cass. civ., Sez. Un., 28 aprile 2020 n. 8236, con commento di **G. Tropea - A. Giannelli**, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del giudice ordinario*, in questa Rivista, 15 maggio 2020). Sebbene la fattispecie esaminata da questa sentenza sia diversa da quelle trattate nelle pronunce del 2011, la pronuncia del 2020 parrebbe (implicitamente) prefigurare l'inquadramento nella responsabilità contrattuale anche per le ipotesi in cui il danno sia arrecato dall'annullamento del precedente provvedimento favorevole, dal momento che anche in questi casi, così come nel caso di comportamento ambiguo e incoerente, la lesione riguarda pur sempre l'affidamento del privato.

[xi] Significativa in tal senso, Cons. St. Ad. Pl., 4 maggio 2018 n. 5, secondo cui il danno da ritardo si configura anche “a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione d'interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento”, con la precisazione che il danno “deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale”. La pronuncia evidenzia che il ritardo nell'adozione del provvedimento genera una “situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione”. Nella prospettiva indicata, verrebbe quindi in rilievo un danno “da comportamento” e non da provvedimento, nel senso che la violazione del termine di conclusione del procedimento non determina l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo, ma “rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali”. La decisione non prende specificamente posizione sulla natura della responsabilità, ma, come emerge dal percorso motivazionale, non esclude che i danni così determinati siano ascrivibili ad una responsabilità extracontrattuale: “si potrà discutere se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., o diventi l'oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal contatto sociale”. Le implicazioni insite nelle conclusioni della Plenaria andrebbero misurate e approfondite con riferimento all'orientamento che esclude la tutela risarcitoria per lesione dei c.d. interessi procedurali puri sul presupposto che “il giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi formali (quali il difetto di istruttoria o di motivazione), in quanto pacificamente non contiene alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente di fondare la pretesa al risarcimento del danno” (Cons. St., Sez. IV, 8 febbraio 2018 n. 825). Per approfondimenti sulle implicazioni della pronuncia n. 5 del 2018, si veda L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*, in *Dialoghi di diritto*

amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2019, Roma, 2020, 53 ss., a cura di F. Aperio Bella - A. Carbone, E. Zampetti, 53 ss.; sul piano generale, il tema è affrontato da A. Romano Tassone, *La responsabilità della p.a. tra procedimento e comportamento, (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2/2004, 224; sempre in argomento, cfr. L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa*, Napoli, 2018; M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 187; E. Zampetti, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2021, 222 ss.

[xii] Secondo la sentenza n. 500 del 1999, “l'imputazione ex art. 2043 c.c. alla P.a. di una responsabilità extracontrattuale (in materia diversa da quella degli appalti pubblici) non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente e da riferire ai parametri della negligenza o imperizia, ma dell'amministrazione intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo e lesivo dell'interesse del danneggiato siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi”.

[xiii] La giurisprudenza ritiene che, per dimostrare la colpa, possono “operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie”, precisando che “il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile” e che “spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata” (Cons. St., Sez. III, 5 giugno 2014 n. 2867; *ex multis*, cfr. Cons. St., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).

[xiv] La giurisprudenza ritiene che “l'applicazione del disposto dell'art. 1218 cod. civ. oltre i confini propri del contratto ad ogni altra ipotesi in cui un soggetto sia gravato da un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte, si giustifica considerando che quando l'ordinamento impone a determinati soggetti, in ragione della attività (o funzione) esercitata e della specifica professionalità richiesta a tal fine dall'ordinamento stesso, di tenere in determinate situazioni specifici comportamenti, sorgono a carico di quei soggetti, in quelle situazioni previste dalla legge, obblighi (essenzialmente di protezione) nei confronti di tutti coloro che siano titolari degli interessi la cui tutela costituisce la ragione della prescrizione di quelle specifiche condotte”, precisando che, nelle descritte situazioni, “la responsabilità deriva dal mero contatto e serve ad evidenziare la peculiarità della fattispecie distinguendola dai casi nei quali la responsabilità contrattuale deriva propriamente da contratto (cioè dall'assunzione volontaria di obblighi di prestazione nei confronti di determinati soggetti)”; la responsabilità da contatto originerebbe dalla violazione di tali obblighi di protezione e troverebbe il proprio fondamento normativo nel riferimento di cui all'art. 1173 cod. civ. “agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico” (*ex multis*, cfr. Cass. civ., Sez. I, 11 luglio 2012 n. 11642).

[xv] Per approfondimenti sulle teorie del contatto sociale, si veda, in particolare, V. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Terza edizione, Milano, 2006, 443 ss.; più di recente, F. Venosta, «*Contatto sociale*» e *affidamento*, Milano, 2021; in una prospettiva critica, M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 65 ss.; Id., *La responsabilità civile*, Torino, 2021, 120 ss.; P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, 67 ss.; A. Zaccaria, *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77 ss.

[xvi] Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589, secondo cui “la pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati standard accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in “contatto” con lui” (successivamente, cfr. Cass., civ., Sez. Un., 11 novembre 2008 n. 26973). Si segnala che, attualmente, l'art. 7 co.3 l. n. 24/2017 dispone che l'esercente la professione sanitaria “risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente”, escludendo così che la responsabilità possa essere configurata come responsabilità contrattuale nelle ipotesi in cui il medico non abbia assunto un'obbligazione contrattuale con il paziente. La giurisprudenza ha ravvisato la sussistenza della responsabilità da contatto anche in altri casi “*accunati dalla violazione di obblighi di comportamento, preesistenti alla condotta lesiva, posti dall'ordinamento a carico di determinati soggetti?*” (così, Cass. civ., Sez. I, n. 11642/2012, cit.). Viene, ad esempio, inquadrata nella responsabilità contrattuale la responsabilità dell'insegnante per autolesione dell'allievo; la responsabilità della banca negoziatrice di assegno bancario non trasferibile pe il pagamento a soggetto non legittimato; la responsabilità del mediatore nei confronti dei soggetti che mette in contatto ai fini della conclusione di un contratto. Per approfondimenti e relativi riferimenti giurisprudenziali, si veda F. Venosta, *Contatto sociale e affidamento*, cit., 87 ss.

[xvii] Cass. civ., Sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, in *Foro it.*, 2003, 79 ss., con nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*. La pronuncia evidenzia che “il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato. Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione

amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500-99-SU identifica nelle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità". Come si desume dalla disciplina positiva recata nella legge n. 241 del 1990, tali obblighi mirano specificamente a garantire la partecipazione al procedimento, la sua tempestiva conclusione, la considerazione delle osservazioni presentate nell'ambito del procedimento, la motivazione della decisione finale, e il loro inadempimento verrebbe a generare una responsabilità di tipo contrattuale; per la giurisprudenza amministrativa, si veda in particolare Cons. St., Sez. V, 6 agosto 2001 n. 4239; Cons. St., Sez. VI, 15 aprile 2003 n. 1945; Cons. St., Sez. VI, 20 gennaio 2003 n. 204; più di recente, Cons. St., Sez. II, 17 febbraio 2021 n. 1448. Tuttavia, va precisato che la giurisprudenza amministrativa, più che affermare un generalizzato inquadramento nella responsabilità contrattuale, deduce dall'esistenza degli obblighi procedurali la "misura della diligenza" che deve connotare la condotta del soggetto pubblico affinché sia il "garante del corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima conclusione". Conseguentemente, la valorizzazione del rapporto procedimentale consente di "affermare che l'onere della prova dell'elemento soggettivo dell'illecito va ripartito tra le parti secondo criteri sostanzialmente corrispondenti a quelli codificati dall'articolo 1218 c.c.". Come si vede, l'inquadramento nella responsabilità contrattuale resta tendenzialmente circoscritto alla rilevanza della colpa, "senza implicare la soluzione del più ampio problema dell'attuale fisionomia del rapporto amministrativo e della sua distanza concettuale dallo schema della obbligazione di diritto civile".

[xviii] È questa l'impostazione di Cass. civ., Sez. I, n. 157/2003, cit., secondo cui "il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cass. 500-99-SU, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 c.c.: con le relative conseguenze in tema di accertamento della colpa". La pronuncia sottolinea come il rispetto delle regole procedurali costituisca la "vera essenza dell'interesse legittimo", il quale si riferisce a "fatti procedurali" e mantiene una "carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita". I fatti procedurali cui si riferisce l'interesse legittimo investono anche il bene della vita, ma quest'ultimo "resta però ai margini, come punto di riferimento storico"; per la concezione che inquadra nell'interesse legittimo la situazione giuridica del privato al cospetto degli obblighi procedurali, si veda, in particolare, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 255, secondo cui "le pretese o facoltà partecipative sono strumenti di sostegno, e di esercizio, nel procedimento, dell'interesse legittimo, di cui sono titolari i privati"; in argomento, M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; da un punto di vista generale, sulla difficoltà di classificare nel diritto soggettivo o nell'interesse legittimo le pretese del cittadino che si attuano nella partecipazione procedimentale, A. Travi, *Interessi procedurali e pretese partecipative: un dibattito aperto (a proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 531 ss.; sulla questione generale dell'autonomia o meno degli interessi procedurali dall'interesse legittimo, si veda M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo. Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1883 ss.

[xix] In dottrina, questa impostazione generale risulta variamente articolata in diverse posizioni ciascuna delle quali presenta delle proprie peculiarità. Senza alcuna pretesa di completezza, A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss. ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1213 ss.; Id., *Alla ricerca dello stato di diritto*, Milano, 2005; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; Id.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 3/2005, 557 ss.; L. Perfetti, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 850 ss.

[xx] Cass. civ., Sez. un., n. 8236/2020, cit., secondo cui, nelle ipotesi indicate, la violazione degli obblighi di protezione determinerebbe una responsabilità da "contattato sociale qualificato", ascrivibile al modello della responsabilità contrattuale, ossia una "responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi il danno; danno che consegue non alla violazione di un dovere di prestazione ma alla violazione di un dovere di protezione, il quale sorge non da un contratto ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione e il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima"; per un commento alla pronuncia, G. Tropea – A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del giudice ordinario*, cit.; C. Scognamiglio, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato a seguito di un comportamento della medesima*, in *Corr. Giur.*, 8-9/2020, 1033 ss.

[xxi] Sul tema, si veda in particolare A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. II, aggiornamento*, Milano, 1988, 981 ss.,

[xxii] M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 566-567.

[xxiii] Sul punto, si vedano i rilievi di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 249-250.

[xxiv] Sul punto, M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, cit., 23.

[xxxv] Più esattamente, la Plenaria ritiene che “la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell’art. 2056 cod. civ. –da ritenere espressione di un principio generale dell’ordinamento– i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell’evitabilità con l’ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall’art. 1225 cod. civ.”.

[xxxvi] Ci si riferisce, ad esempio, ai casi in cui l’istanza del privato sia palesemente abnorme o talmente generica da mancare di una concreta individuazione dell’oggetto (cfr. Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2004 n. 7975); attualmente, la questione deve misurarsi con l’articolo 2, co.1, l. 241 del 1990 che, nella vigente formulazione, prevede che se le pubbliche amministrazioni “ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo”.

[xxxvii] Sulla doverosità della funzione amministrativa, si veda, in particolare, S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, 2016.

[xxxviii] Così R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, 1968, ora anche in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 100, con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 433, 2028 e 2041 c.c.

[xxxix] In argomento, si rinvia per tutti a F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

[xxx] Tuttavia, si vedano al riguardo le considerazioni di F.G. Scoca, *Per un’amministrazione responsabile*, cit., 4060 ss., il quale, se, da un lato, sottolinea che “non è possibile costruire sul procedimento un rapporto obbligatorio nel senso pregnante della locuzione”, perché “vi si oppongono non solo (o non tanto) la unilateralità della decisione, quanto il carattere normalmente discrezionale di quest’ultima, al quale non segue, ma precede, il definitivo assetto degli interessi”; dall’altro, rileva che, in ragione degli obblighi di protezione o procedimentali gravanti sull’amministrazione non “sia possibile negare che tra amministrazione e il privato, uniti nel (o dal) procedimento, si instauri un vero e proprio rapporto giuridico (abbia esso o meno natura di rapporto obbligatorio). Tanto basta per escludere l’estraneità tipica della responsabilità extracontrattuale”; ma, si vedano le ulteriori considerazioni successivamente sviluppate dall’A., *L’interesse legittimo*, cit., 317, nota 114, laddove non si esclude l’inquadramento nella responsabilità extracontrattuale, se e in quanto si riconosca che anche la responsabilità extracontrattuale possa avere una “dimensione relazionale”, pur diversa dalla relazione che contraddistingue il rapporto obbligatorio.

[xxxi] L’aspetto è preso specificamente in considerazione da F.G. Scoca, *L’interesse legittimo*, cit., 437 – 438 e, in particolare, alla nota 84; per una diversa prospettiva, A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 1213.

[xxxii] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., nn. 6594, 6595, 6596 del 2011, cit.

[xxxiii] Recentemente, la tesi è stata sostenuta da G. Poli, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della p.a. L’interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, 107 ss.; più in generale, sul tema del rapporto giuridico tra privato e pubblica amministrazione, M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013.

[xxxiv] G. Poli, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della p.a.*, cit., 126.

[xxxv] G. Poli, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della p.a.*, cit., 127.

[xxxvi] F. D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhi del civilista*, in *Dir. amm.*, 4/2012, 542, secondo cui la responsabilità extracontrattuale non “è più necessariamente la responsabilità del passante ma può assumere una dimensione relazionale che non si traduca in uno specifico rapporto obbligatorio di adempimento di una prestazione a fronte di una pretesa creditoria”; sulla possibilità di inquadrare la responsabilità dell’amministrazione nella responsabilità extracontrattuale muovendo da una dimensione relazionale non riconducibile alla relazione del rapporto obbligatorio, F.G. Scoca, *L’interesse legittimo*, cit., 317, nota 114.

[xxxvii] Cons. St. Ad. Pl., n. 5 del 2018, cit., che, come si è già precisato, ritiene che il danno da ritardo sia risarcibile anche “a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione d’interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento”, precisando che il danno “deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale”. Come si è detto, la decisione non prende specificamente posizione sulla natura

della responsabilità, ma non esclude che i danni così determinati siano ascrivibili ad una responsabilità extracontrattuale (cfr. *supra*, nota n. 11); cfr. anche Cass. civ., Sez. un., nn. 6594, 6595, 6596 del 2011, cit., relative ad ipotesi di danni cagionati dall'intervenuto annullamento di precedente provvedimento favorevole, che, nel configurare una responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione per lesione di un diritto soggettivo riconducibile all'affidamento, precisano che il danno deriva dalla violazione di doveri di comportamento gravanti sull'amministrazione, quali "la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza" (cfr. *supra* nota n. 10); tuttavia, come si è già precisato, la successiva giurisprudenza della Cassazione, in particolare Cass. civ., Sez. un., n. 8236/2020, cit., parrebbe implicitamente prefigurare il diverso inquadramento nella responsabilità contrattuale (da contatto qualificato) anche per le fattispecie esaminate dalle pronunce del 2011, sebbene il caso esaminato dalla sentenza del 2020 non coincida esattamente con l'ipotesi in cui il danno scaturisca dall'annullamento di precedente provvedimento favorevole.

[xxxviii] Per approfondimenti sulla questione, si rinvia a F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 229 ss.

[xxxix] A proposito dei caratteri peculiari del procedimento amministrativo, A. Travi, *Interessi procedurali e pretese partecipative*, cit., 546, secondo cui il procedimento amministrativo "è ben più di una serie di rapporti giuridici, e si caratterizza proprio per «evolversi delle situazioni attraverso l'esercizio dei poteri» (Mandrioli)", sicché "frazionare il procedimento in una serie di rapporti non è coerente con i caratteri del fenomeno procedimentale e impostare la tutela dei cittadini in funzione di quei singoli rapporti appare inadeguato".

[xl] Così F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 250.

[xli] La questione è stata sollevata dal Cons. St., Sez. II, ord. 9 marzo 2021 n. 2013. Per approfondimenti, C. Napolitano, *Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla Plenaria sul danno da provvedimento favorevole (nota a Cons. St., II, ord. 9 marzo 2021 n. 2013)*, in questa Rivista, 27 aprile 2021.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1930 – 13 settembre 2021

Le conclusioni dell'Avvocato Generale sulle questioni pregiudiziali poste dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 19598 del 2020: il Consiglio di Stato nega la tutela comunitaria sugli appalti, ma la decisione non è sindacabile in Cassazione

di Enrico Zampetti

1. Lo scorso 9 settembre 2021 l'Avvocato Generale della Corte di giustizia UE ha presentato le proprie conclusioni nella Causa C – 497/20, originata dal rinvio pregiudiziale sollevato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con l'ordinanza n. 19598 del 18 settembre 2020^[1]. In attesa della decisione della Corte di giustizia, le conclusioni dell'Avvocato Generale prendono posizione sulle tre questioni poste dalla Cassazione, evidenziando alcuni aspetti sin d'ora meritevoli di segnalazione.

2. Come si ricorderà, il rinvio pregiudiziale è maturato nel giudizio d'impugnazione di una decisione del Consiglio di Stato promosso a suo tempo da un concorrente escluso da una gara per l'affidamento di un appalto pubblico. Il Consiglio di Stato si era limitato ad esaminare (e rigettare) soltanto le censure proposte dal concorrente con riferimento alla valutazione della propria offerta, ma aveva dichiarato inammissibili le ulteriori contestazioni rivolte all'intera procedura, sul presupposto che il concorrente escluso fosse privo di legittimazione a censurare la regolarità della gara nel suo complesso. Nel ricorrere in Cassazione ai sensi dell'articolo 111, co. 8 Cost., il concorrente escluso contestava al Consiglio di Stato di avere erroneamente dichiarato inammissibili le censure rivolte alla procedura nel suo complesso, in contrasto con il diritto dell'Unione europea e, segnatamente, con il diritto ad un ricorso effettivo così come interpretato dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

Dal suo canto, pur ritenendo la denunciata violazione configurabile alla stregua di una questione inerente la giurisdizione, la Cassazione rilevava come, allo stato, l'ammissibilità del ricorso fosse ostacolata da una "prassi interpretativa nazionale", chiaramente esplicitata nella sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, secondo la quale la violazione del diritto dell'Unione europea non sarebbe inquadrabile in una questione di giurisdizione, ma integrerebbe una semplice violazione di legge, come tale incensurabile attraverso il ricorso per Cassazione previsto dall'articolo 111, co.8, Cost.

Di qui le tre questioni poste in via pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, che possono così sintetizzarsi:

i) una prima questione volta a verificare se il diritto europeo osti a una prassi interpretativa che, in base dell'articolo 111, co.8, Cost., assume l'inutilizzabilità del ricorso per Cassazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con il diritto europeo;

ii) una seconda questione volta a verificare se il diritto europeo osti a una prassi interpretativa che, in base all'articolo 111, co. 8, Cost., esclude la proponibilità del ricorso in Cassazione per contestare le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano immotivatamente omissi di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia;

iii) una terza questione volta a verificare se il diritto europeo osti a una prassi giurisprudenziale nazionale che, come quella applicata dall'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, ritiene insussistente la legittimazione del concorrente escluso a contestare nel suo complesso la regolarità della gara, anche ove l'esclusione non risulti definitivamente accertata e sebbene l'eventuale accoglimento dell'impugnazione possa indurre l'amministrazione ad avviare una nuova procedura. In questo quadro vanno, dunque, collocate le conclusioni dell'Avvocato Generale, che di seguito vengono sinteticamente riassunte.

3. Per quanto riguarda la prima questione, l'Avvocato Generale tiene preliminarmente a precisare che il parametro normativo di riferimento debba essere esattamente individuato nella Direttiva 89/665 che tutela il diritto a un ricorso effettivo, in conformità all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Con questa precisazione, l'Avvocato Generale osserva che, nell'attuazione della Direttiva 89/665, gli Stati membri, conformemente alla loro autonomia procedurale, conservano "la facoltà di adottare norme che possono rivelarsi differenti da uno Stato membro all'altro" e che una limitazione del diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 "può quindi essere giustificata soltanto se prevista dalla legge, se rispetta il contenuto essenziale di tale diritto e se, in osservanza del principio di proporzionalità, è necessaria e risponde effettivamente a finalità d'interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui", precisando ulteriormente che l'articolo 47 della Carta "non impone un doppio grado di giudizio" e che, in virtù di tale disposizione, il principio della tutela giurisdizionale garantisce il diritto di accesso "soltanto a un giudice". Di conseguenza, se la disciplina dello Stato membro garantisce l'accesso a un giudice, conferendo a tale giudice la competenza a esaminare il merito della controversia, i principi di tutela giurisdizionale sanciti dall'articolo 47 e dalla Direttiva 89/665 non possono ritenersi violati, proprio in quanto non "impongono un ulteriore grado di giudizio per porre rimedio a un'applicazione erronea di dette norme da parte del giudice di appello".

Nel descritto contesto di riferimento, il fatto che il ricorso in Cassazione previsto dall'articolo 111, co. 8, Cost. sia limitato alle sole questioni di giurisdizione non può pertanto “essere considerato di per sé contrario al diritto dell'Unione neppure laddove precluda l'impugnazione di una decisione con la quale il giudice di secondo grado ha applicato un'interpretazione del diritto nazionale che, oggettivamente, è contraria al diritto dell'Unione”, proprio in quanto il diritto italiano prevede pacificamente l'accesso a un giudice competente a esaminare il merito della controversia.

Sulla base di queste premesse, l'Avvocato Generale conclude così che “l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso non osta a una norma quale l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, secondo la quale un ricorso in cassazione per motivi di «difetto di potere giurisdizionale» non può essere utilizzato per impugnare sentenze di secondo grado che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea”.

Nel rassegnare le conclusioni, l'Avvocato Generale tiene comunque a precisare che la soluzione a un'errata applicazione del diritto europeo da parte di un giudice di ultima istanza andrebbe piuttosto individuata in “altre forme procedurali”, quali un ricorso per inadempimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, ovvero un'azione del “tipo *Franovich*” che consenta di far valere la “responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei diritti dei singoli riconosciuti dal diritto dell'Unione”.

4. In relazione alla seconda questione, l'Avvocato Generale evidenzia preliminarmente che “l'obbligo di adire la Corte in via pregiudiziale, previsto all'articolo 267, terzo comma, TFUE, incombente agli organi giurisdizionali nazionali avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso, rientra nell'ambito della cooperazione istituita al fine di garantire la corretta applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nell'insieme degli Stati membri, tra i giudici nazionali, in quanto incaricati dell'applicazione del diritto dell'Unione, e la Corte”, precisando che, a norma dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, “una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è in linea di principio tenuta a rivolgersi alla Corte, quando è chiamata a pronunciarsi su una questione di interpretazione del diritto dell'Unione”.

Nel descritto contesto di riferimento, al diritto nazionale sarebbe pertanto soltanto vietato di “impedire a un organo giurisdizionale nazionale di avvalersi della suddetta facoltà o di conformarsi al suddetto obbligo”. Sicché, laddove al giudice interno sia riconosciuta la possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale, ovvero sia previsto l'obbligo di effettuare tale rinvio, spetterebbe esclusivamente ad esso “valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emanare la propria decisione, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte”. La mancata adizione della Corte in via pregiudiziale verrebbe così ad integrare una illegittimità sostanziale o procedurale, ma non “una questione di competenza giurisdizionale ai sensi dell'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana”, con la conseguenza che, come anche precisato per la prima questione, la soluzione ad un'eventuale errata applicazione degli obblighi derivanti dall'articolo 267 TFUE andrebbe individuata in altre forme procedurali, quali un ricorso per inadempimento o un'azione volta a far valere la responsabilità dello Stato.

In base a questi presupposti, l'Avvocato Generale conclude che il diritto europeo e, in particolare l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, l'articolo 19, paragrafo 1, TUE e l'articolo 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, *“non ostano a che le norme relative al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione siano interpretate ed applicate nel senso di precludere che dinanzi alle Sezioni Unite della Corte suprema di cassazione sia proposto un ricorso per cassazione finalizzato a impugnare una sentenza con la quale il Consiglio di Stato ometta, immotivatamente, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte”*.

5. Quanto alla terza questione, l'Avvocato Generale ribadisce i principi affermati dalla giurisprudenza europea, secondo i quali *“il criterio determinante l'obbligo del giudice di esaminare il ricorso della ricorrente è che ciascuna delle parti del procedimento ha un interesse legittimo all'esclusione delle offerte presentate dagli altri concorrenti”*. In base a tali principi, preordinati a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, la censura del concorrente escluso diretta a travolgere l'intera procedura andrebbe comunque esaminata in quanto *“non si può escludere la possibilità che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto”*. Più esattamente, l'esistenza di una siffatta possibilità sarebbe sufficiente a radicare la legittimazione (e/o l'interesse) del concorrente escluso all'impugnazione, poiché l'ipotetico accoglimento dell'impugnazione potrebbe comunque arrecargli una precisa utilità, consentendogli, ad esempio, di partecipare alla nuova procedura eventualmente indetta dall'amministrazione. Resta inteso che il concorrente escluso sarebbe comunque privo di legittimazione (a contestare l'intera procedura) nelle ipotesi in cui l'esclusione sia stata confermata *“da una decisione che ha acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si pronunc”*.

Nel caso di specie, al momento di proposizione del ricorso al Consiglio di Stato, l'esclusione del concorrente non risultava ancora definitiva, ragion per cui, come rilevato dall'Avvocato Generale, le censure dirette a travolgere l'intera procedura avrebbero dovuto essere esaminate, anche in considerazione del fatto che il loro eventuale accoglimento avrebbe potuto inficiare la regolarità delle altre offerte in gara prefigurando l'ipotetica indizione di una nuova procedura. Conseguentemente, al fine di garantire il diritto ad un ricorso effettivo, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto applicare i richiamati principi affermati dalla giurisprudenza europea, riconoscendo in capo al concorrente escluso la legittimazione a contestare la regolarità della procedura di gara.

6. Sebbene non sia questa la sede per compiere più ampi approfondimenti, le conclusioni dell'Avvocato Generale forniscono alcune precise indicazioni.

In primo luogo, evidenziano che, nel ritenere inammissibili le censure dirette a travolgere l'intera procedura di gara, il Consiglio di Stato avrebbe erroneamente applicato il diritto europeo e, segnatamente, i principi in materia di effettività della tutela giurisdizionale come anche interpretati dalla Corte di giustizia.

In secondo luogo, rivelano che il diritto nazionale, nella misura in cui limita ai profili di giurisdizione il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato, non contrasterebbe con il principio di effettività della tutela giurisdizionale così come riconosciuto e tutelato a livello europeo.

In terzo luogo, danno atto che eventuali errori del giudice nazionale di ultima istanza in ordine all'applicazione del diritto europeo sarebbero pur sempre riparabili mediante un eventuale ricorso per inadempimento, ovvero attraverso un'azione volta a far valere la responsabilità dello Stato membro.

Non resta a questo punto che attendere la decisione della Corte di giustizia.

[1] Per i commenti all'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 2020, M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in questa *Rivista*, 30 novembre 2020; F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in questa *Rivista*, 11 novembre 2020; F. FRANCIARIO, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in questa *Rivista*, 24 maggio 2021; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in questa *Rivista*, 7 ottobre 2020; B. NASCIBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni grave e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, *ib.*, 24 novembre 2020.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1569 - 23 febbraio 2021

Postilla a Il controverso requisito della permanenza in servizio del consigliere C.S.M. la decisione spetta al giudice ordinario (nota a Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2021 n. 215).

di Enrico Zampetti

1. La decisione in commento dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia relativa alla delibera del C.S.M. recante l'anticipata cessazione dalla carica nei confronti di un consigliere collocato a riposo nel corso del mandato. Il sopravvenuto collocamento a riposo è la causa della disposta cessazione, che di fatto impedisce l'assolvimento del mandato per l'intero periodo di quattro anni previsto dall'articolo 104 della Costituzione.

Nel pronunciare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, il Consiglio di Stato conferma le conclusioni del giudice di primo grado che già si era espresso a favore della giurisdizione ordinaria^[i]. In particolare, il giudice d'appello rileva che l'impugnata delibera sarebbe il “*frutto di una mera attività ricognitiva della volontà di legge e puramente intesa all'automatica applicazione della stessa*” ovvero di una “*attività (vincolata) di verifica della sussistenza dei requisiti legalmente necessari per il mantenimento della carica, ivi compresi quelli costituenti un prius logico del diritto di elettorato passivo*”. Conseguentemente, esclude che la delibera in contestazione possa inquadarsi in una “*manifestazione di autoritatività*”, non essendo riconducibile ad alcun potere discrezionale e restando estranea a qualsiasi “*apprezzamento comparativo di interessi in conflitto*”. In quanto atto meramente “*ricognitivo*”, la delibera del C.S.M verrebbe pertanto ad incidere su una posizione di diritto soggettivo inquadabile nel “*diritto di elettorato passivo*” nella sua “*duplice portata genetica e funzionale: di diritto all'acquisizione, non meno che alla conservazione dello status elettivo*”. La qualificazione della situazione giuridica in termini di diritto soggettivo radicherebbe così la giurisdizione ordinaria sulla controversia, in coerenza con i consolidati criteri di riparto affermati in materia elettorale^[ii].

2. Nel qualificare la delibera del C.S.M. quale espressione di una “*attività (vincolata) di verifica della sussistenza dei requisiti legalmente necessari per il mantenimento della carica*”, la sentenza non indica il preciso fondamento normativo che sancirebbe la correlazione tra il mantenimento della carica e l’attualità del rapporto di servizio. Ciò non di meno, parrebbe presupporre l’esistenza di un’espressa disposizione che, ai fini della conservazione della carica, richieda lo *status* di magistrato in servizio per l’intera durata del mandato. Solo l’esistenza di una siffatta disposizione consentirebbe, infatti, di qualificare la delibera di cessazione anticipata come atto meramente ricognitivo “*della volontà di legge*”, ossia alla stregua di un atto che, senza implicare alcuna valutazione discrezionale, si limiti a certificare l’insussistenza del diritto di elettorato passivo, nella sua dimensione funzionale di “*diritto alla conservazione dello status elettivo*”.

Va, tuttavia, osservato che, nell’attuale contesto normativo, non sussiste una esplicita previsione che condizioni il mantenimento della carica allo *status* di magistrato in servizio. La permanenza in servizio per l’intera durata della carica non è, infatti, annoverata né tra le cause di sospensione, decadenza e incompatibilità previste dagli articoli 33 e 37 della legge sul C.S.M. n. 195 del 1958, né tra i requisiti di eleggibilità previsti dall’articolo 24, rispetto ai quali lo *status* di servizio è richiesto al “*momento di convocazione delle elezioni*”^[iii]. Non sembra quindi un caso che, pur prefigurandone (più o meno implicitamente) l’esistenza, la pronuncia manchi poi di individuare esattamente la norma che, al sopraggiungere del collocamento a riposo, verrebbe a imporre la cessazione anticipata.

L’assenza di un’espressa previsione dovrebbe, quindi, escludere che, ai fini del mantenimento della carica, il consigliere debba permanere in servizio per tutta la durata del mandato, come peraltro parrebbe desumersi anche dalla riserva di legge in materia di accesso alle cariche elettive^[iv]. Del resto, quando ha inteso correlare l’intera durata della carica al rapporto di servizio, il legislatore lo ha previsto espressamente, come ad esempio in ambito universitario, laddove l’articolo 2 co.11 della legge 240 del 2010 stabilisce testualmente che “*l’elettorato passivo per le cariche accademiche è riservato ai docenti che assicurano un numero di anni di servizio almeno pari alla durata del mandato prima della data di collocamento a riposo*”. In altre ipotesi, l’irrelevanza del rapporto di servizio ai fini della conservazione della carica si ricava direttamente dalla disciplina positiva. È, ad esempio, il caso dei giudici costituzionali scelti nell’ambito della magistratura, laddove l’articolo 135 Cost. stabilisce testualmente che “*i giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa*”, escludendo che per ricoprire la carica di giudice costituzionale sia necessario lo *status* di magistrato in servizio.

Si conferma così che i requisiti di accesso e conservazione delle cariche pubbliche sono generalmente oggetto di un’espressa disciplina normativa e che, di conseguenza, se un determinato requisito non è previsto dalla legge o da altra fonte idonea, lo stesso non può invocarsi per conformare o limitare l’elettorato passivo, nella sua duplice veste genetica e funzionale.

3. Vero è che l’assenza di un’espressa previsione potrebbe essere compensata da un’interpretazione sistematica della disciplina di riferimento, da cui desumere la necessaria correlazione tra (conservazione della) carica consiliare e *status* di magistrato in servizio^[v]. In tal senso potrebbe intendersi quel passaggio della pronuncia in cui si sottolinea che il nesso tra cessazione anticipata e sopravvenuto collocamento a riposo discenderebbe “*dal paradigma normativo, così come concretamente interpretato*”^[vi]. Tuttavia, nemmeno in tal caso la sentenza

chiarisce esattamente quale sarebbe il processo interpretativo idoneo a giustificare la disposta cessazione, sicchè il fondamento della delibera rimane oscuro e incerto.

In base ad alcuni precedenti giurisprudenziali^[vii] e a quanto emerso nel dibattito occasionato proprio dalla vicenda in esame^[viii], qualche indicazione potrebbe trarsi dal principio di rappresentatività democratica che, secondo determinate ricostruzioni, informerebbe di sé la costituzione del Consiglio, soprattutto se quest'ultimo sia prevalentemente concepito come organo di "autogoverno" della magistratura^[ix]. In questa prospettiva, i consiglieri togati sarebbero i rappresentanti della magistratura in seno al Consiglio, con la conseguenza che, una volta interrotto il rapporto di servizio per sopraggiunti limiti d'età, il consigliere non sarebbe più legittimato a ricoprire la carica, in quanto non più rappresentante della magistratura^[x].

Sotto altro profilo, un ipotetico fondamento della disposta cessazione potrebbe anche ricavarsi dai principi generali di buona amministrazione, ove intesi a garanzia di un corretto funzionamento del Consiglio. Va da sé che, per giustificare in tal senso la cessazione anticipata, dovrebbe supporre che la carica espletata da un magistrato in servizio garantisca il funzionamento del Consiglio più correttamente di quanto assicuri la carica espletata (per un periodo) da un magistrato ormai in pensione.

Senonchè, resta il fatto che la pronuncia omette un'esatta individuazione del principio o dell'approdo interpretativo da cui possa desumersi l'astratto fondamento della disposta cessazione.

4. Le poche considerazioni svolte consentono di esaminare più a fondo le conclusioni della sentenza, a partire dalla natura giuridica riconosciuta all'atto impugnato.

L'assenza di un'esplicita previsione che correli il mantenimento della carica allo *status* di magistrato in servizio rende problematica la qualificazione della delibera in termini di atto meramente ricognitivo della "volontà di legge". Un'attività di mera ricognizione può, infatti, configurarsi solo se la previsione esista, poiché solo in tal caso l'atto amministrativo può fare applicazione di un preciso disposto normativo. Se la previsione non esiste, un'attività ricognitiva non parrebbe nemmeno ipotizzabile, proprio in quanto manca la disposizione di cui l'atto dovrebbe fare applicazione.

Se poi il fondamento volesse individuarsi nel richiamato principio di rappresentatività, la natura di atto ricognitivo resterebbe comunque problematica. Per riconoscere alla delibera una siffatta qualificazione dovrebbe, infatti, assumersi che l'unica soluzione idonea a garantire il principio s'identifichi necessariamente con l'anticipata cessazione dalla carica, se in quanto il rapporto di servizio s'interrompa in corso di mandato. Tuttavia, al di là di quanto possa emergere dai citati precedenti, non sembra affatto scontato che la cessazione anticipata sia l'unica soluzione idonea a dare attuazione al principio, soprattutto se si considera che il concetto di rappresentatività può misurarsi anche sulla scelta espressa dagli elettori e non soltanto sull'attualità dello *status* di servizio. Se, al momento dell'elezione, la magistratura ha designato come consigliere un determinato soggetto, pur sapendo che nel corso del mandato sarebbe stato collocato a riposo, un'eventuale cessazione anticipata risulterebbe in contrasto con la scelta espressa, poiché verrebbe a rompere quel rapporto di rappresentanza creatosi attraverso l'elezione. In altri termini, la soluzione può mutare in funzione della diversa concezione di rappresentatività che si prediliga, se esclusivamente orientata sull'appartenenza

alla magistratura ovvero anche incentrata sulle scelte concretamente espresse dagli elettori. In quest'ottica, una decisione fondata sul principio di rappresentatività potrebbe risultare sempre il frutto di un apprezzamento discrezionale tra diverse soluzioni, sicchè (anche) la scelta della cessazione anticipata rappresenterebbe soltanto uno dei possibili esiti valutativi, ma non l'unica conseguenza imposta dall'applicazione del principio.

In linea di massima, considerazioni analoghe valgono anche per i principi di buona amministrazione posto che, in assenza di un'espressa previsione, solo un'apposita valutazione potrebbe in concreto rivelare se, ai fini del corretto funzionamento del Consiglio, sia preferibile la cessazione anticipata o la conservazione della carica per l'intera durata.

5. Se, dunque, in assenza di un'espressa previsione normativa, il fondamento della cessazione anticipata volesse individuarsi nei principi generali (variamente) implicati nell'interpretazione della disciplina positiva, la delibera del C.S.M. potrebbe coerentemente inquadrarsi come manifestazione provvedimento di un potere amministrativo discrezionale. Si è infatti già sottolineato che, ove il principio fosse quello di rappresentatività, ma lo stesso vale anche per i principi di buona amministrazione, la delibera esprimerebbe soltanto una delle scelte astrattamente possibili. Conseguentemente, rispetto a una qualificazione in termini provvedimentali, la giurisdizione sulla controversia apparterrebbe al giudice amministrativo, dal momento che, in base ai tradizionali criteri di classificazione, la situazione giuridica incisa dalla delibera avrebbe la consistenza dell'interesse legittimo, non potendo comunque ricondursi al diritto di elettorato passivo così come concretamente configurato a livello legislativo. In questo senso, la giurisdizione del giudice amministrativo sarebbe perfettamente coerente (anche) con l'articolo 135, co. 1, lettera a), c.p.a.^[xi], che devolve alla competenza funzionale del TAR Lazio le controversie relative ai provvedimenti adottati dal C.S.M. nei confronti dei magistrati^[xii].

[xi] Sulla sentenza di primo grado del TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 novembre 2020 n. 11814, sia consentito rinviare a E. Zampetti, *Il controverso requisito della permanenza in servizio per il consigliere CSM, la decisione spetta al giudice ordinario*, in questa Rivista, 19 novembre 2020.

[xii] Come noto, secondo il consolidato orientamento in materia di elezioni amministrative, al giudice ordinario sono devolute le controversie "afforenti questioni di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità dei candidati" in quanto relative a "diritti soggettivi di elettorato", mentre al giudice amministrativo quelle "afforenti alla regolarità delle operazioni elettorali" in quanto relative a "posizioni di interesse legittimo" (così TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 11814/2020, cit.; *ex multis*, Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013 n. 3826; Cons. St., sez. V, 11 giugno 2013 n. 3211; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 7 novembre 2018 n. 10756).

[xiii] La legge 24 marzo 1958 n. 195 "Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura" prevede le cause di ineleggibilità, incompatibilità e decadenza dalla carica di consigliere. Nel recare la disciplina dell'elettorato attivo e passivo, l'articolo 24 stabilisce che non sono eleggibili i magistrati che "al momento della convocazione delle elezioni non esercitano funzioni giudiziarie o siano sospesi dalle medesime", gli uditori giudiziari e i magistrati di tribunale che "al momento della convocazione delle elezioni non abbiano compiuto almeno tre anni di anzianità nella qualifica"; i magistrati che "al momento della convocazione delle elezioni abbiano subito sanzione disciplinare più grave dell'ammonizione, salvo che si tratti della sanzione della censura e che dalla data del relativo provvedimento siano trascorsi almeno dieci anni senza che sia seguita alcun'altra sanzione disciplinare"; i magistrati che abbiano prestato servizio "presso l'Ufficio studi o presso la Segreteria del Consiglio superiore della magistratura per la cui rinnovazione vengono convocate le elezioni"; i magistrati che "abbiano fatto parte del Consiglio superiore della magistratura per la cui rinnovazione vengono convocate le elezioni". A sua volta, nel prevedere le ipotesi di incompatibilità, l'articolo 33 sancisce che i componenti del Consiglio "non possono far parte del Parlamento, dei consigli regionali, provinciali e comunali, della Corte costituzionale e del governo"; che i componenti eletti dal Parlamento, finché sono in carica, "non possono essere iscritti negli albi professionali. Non possono essere titolari di imprese commerciali né far parte di consigli di amministrazione di società commerciali. Non possono altresì far parte di organi di gestione di unità sanitarie locali, di comunità montane o di consorzi, nonché di consigli di amministrazione o di collegi sindacali di enti pubblici, di società commerciali e di

banche (...)”. Con specifico riferimento ai casi di sospensione e decadenza dalla carica, l’articolo 37 prevede che “*i magistrati componenti il Consiglio sono sospesi di diritto dalla carica se sottoposti a procedimento disciplinare, sono stati sospesi a norma dell’articolo 30 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511*”; che “*i componenti del Consiglio superiore decadono di diritto dalla carica se sono condannati con sentenza irrevocabile per delitto non colposo*”; che “*i magistrati componenti il Consiglio superiore incorrono di diritto nella decadenza dalla carica se riportano una sanzione disciplinare più grave dell’ ammonimento*”.

[iv] Cfr. articolo 51 Cost., secondo cui “*tutti i cittadini dell’uno o dell’altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizione di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge*”.

[v] Resta inteso che una siffatta operazione dovrebbe pur sempre contenersi entro i limiti fisiologici dell’interpretazione, particolarmente stringenti in materia elettorale, senza possibilità di creare *ex novo* dei divieti oltre i significati evincibili dalle norme o dai principi interpretati.

[vi] Nello stesso senso la decisione di primo grado, quando sottolinea che “*l’attività di verifica del Consiglio si è basata su una interpretazione del panorama legislativo e dei principi ad esso ricavabili*”.

[vii] Cons. St., Sez. IV, 16 novembre 2011 n. 6051, secondo cui il C.S.M. sarebbe costituito “*in base al principio di rappresentatività democratica*”, con la conseguenza che “*la qualità di appartenente all’istituzione medesima (nella specie, l’ordine giudiziario) costituisce condizione sempre essenziale e imprescindibile per l’esercizio della funzione di autogoverno, e non solo per il mero accesso agli organi che la esercitano*”. In tale contesto – prosegue la decisione – “*il fatto che il legislatore non abbia espressamente previsto la cessazione dall’ordine giudiziario per quiescenza fra le cause di cessazione della carica di componente del C.S.M. dipende non già da una ritenuta irrilevanza del collocamento a riposo, ma dall’essere addirittura scontato che la perdita dello status di magistrato in servizio, comportando il venir meno del presupposto stesso della partecipazione all’autogoverno, è ostativa alla prosecuzione dell’esercizio delle relative funzioni in seno all’organo consiliare*”. La pronuncia riguarda specificamente un provvedimento del CSM che aveva autorizzato il trattenimento in servizio sino al 75 anno di un membro togato. Avverso tale provvedimento aveva proposto ricorso il primo dei non eletti, deducendo l’interesse a contestare il provvedimento in quanto il suo eventuale annullamento gli avrebbe consentito di subentrare nel Consiglio al posto del consigliere che, in assenza del disposto trattenimento, sarebbe stato collocato a riposo per sopraggiunti limiti di età. Di qui l’eccezione di carenza d’interesse al ricorso proposta dal destinatario del provvedimento di trattenimento in servizio, argomentata sul presupposto che la disciplina del C.S.M. non richiederebbe lo status di magistrato in servizio come requisito per il mantenimento della carica e che, pertanto, anche l’eventuale annullamento del provvedimento impugnato non avrebbe garantito al ricorrente l’utilità anelata, dal momento che l’ipotetico collocamento a riposo del consigliere non avrebbe impedito il residuo espletamento della carica. Nel disattendere l’eccezione, il Consiglio di Stato enuncia l’assunto sopra riportato, rilevando che, pur in assenza di un’espressa previsione di legge, la cessazione anticipata per intervenuto collocamento a riposo troverebbe fondamento nel principio di rappresentatività democratica; con specifico riferimento al Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, si veda anche Cons. St. Adunanza della Sezione Prima, 7 marzo 2007 n. 601/2007.

[viii] R. Russo, *L’affaire Davigo. Semel index semper index?* e S. Amore, *Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario e cessazione del mandato elettivo al C.S.M.*, entrambi in questa Rivista, 12 ottobre 2020; N. Rossi, *Sta per nascere al CSM un caso Davigo?*, in *Questione Giustizia*, 31 luglio 2020; M. A. Cabiddu, *CSM: i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni, anche quando si chiamano Davigo*, in *Questione Giustizia*, 8 ottobre 2020.

[ix] È evidente che l’esatta qualificazione del C.S.M. rappresenta una questione di estrema rilevanza, a fronte dei diversi inquadramenti che tendono a valorizzarne ora la funzione di “autogoverno” della magistratura, ora a porne in risalto la funzione di garanzia dell’autonomia e indipendenza della magistratura stessa. In quest’ottica, si può probabilmente ipotizzare che il principio di rappresentatività presenti una maggiore rilevanza in relazione ad una qualificazione del C.S.M. come organo di “autogoverno”.

[x] In questo senso, N. Rossi, *Sta per nascere al CSM un caso Davigo?*, cit., 4 ss.; R. Russo, *L’affaire Davigo. Semel index semper index*, cit., 5; per una diversa impostazione, S. Amore, *Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario e cessazione del mandato elettivo al C.S.M.*, cit., 11 ss. e M. A. Cabiddu, *i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni, anche quando si chiamano Davigo*, cit., 4 ss.

[xi] Ai sensi dell’articolo 17, primo comma, l. n. 195 del 1958, come richiamato dall’articolo 135, lettera a), c.p.a., “*tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità delle deliberazioni del Consiglio superiore, con decreto del Presidente della Repubblica controfirmato dal Ministro, ovvero, nei casi stabiliti dalla legge, con decreto del Ministro per la grazia e giustizia*”.

[xii] In senso contrario, il Consiglio di Stato esclude che la giurisdizione amministrativa possa desumersi dall’articolo 135 c.p.a., sul rilievo che la previsione, in quanto norma sulla competenza, postulerebbe a monte la giurisdizione amministrativa senza però fondarla. Senonché, nella ricostruzione ipotizzata, la controversia avrebbe proprio ad oggetto una posizione di interesse legittimo e, di conseguenza, la prospettata giurisdizione amministrativa sarebbe perfettamente coerente anche rispetto alla citata norma codicistica.

GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 979-12-5976-657-1

Diritto e processo amministrativo, n. 1463 – 22 dicembre 2020

Pubblico e privato nella gestione dell'emergenza pandemica (nota a TAR Lazio, sez. III, 26 ottobre 2020, n. 10933)

di Fabiola Cimbali

Sommario: - 1. Il confronto fra autonomie nella risk regulation - 2. Principio di sussidiarietà e strategie di contenimento del rischio sanitario - 3. Emergenza pandemica e metodo di gestione “integrata” del rischio sanitario

1. Il confronto fra autonomie nella *risk regulation*

L'aumento esponenziale di provvedimenti emergenziali, registratosi negli ultimi anni per far fronte a calamità ed eventi eccezionali e che, di per sé, presenta numerosi profili di criticità, ha subito una ulteriore implementazione nell'attuale contesto ordinamentale così come profilatosi a seguito della diffusione del *virus* Covid 19.

In tale cornice si è assistito, oltre ad un ulteriore aggravamento della crisi della rappresentanza già riscontrata da tempo (al di là, cioè, della vicenda emergenziale in atto), ad una accentuazione dell'antinomia tra la tendenza alla decisione politica monocratica e l'eterodeterminazione del contenuto della decisione politica sul rischio epidemico. È nota, infatti, la tendenza avvertita nelle decisioni assunte dai rappresentanti di governo di porre le indicazioni scientifiche a fondamento delle scelte adottate quand'anche, come nel caso dell'epidemia in corso, queste ultime siano prive di un ancoraggio scientifico univoco in ordine alla prevenzione ed alla gestione dei rischi per la salute umana[1].

L'inadeguatezza della scienza di fornire indicazioni "sicure" e soluzioni "inequivocabili" sui possibili pericoli e danni che possono derivare dall'espletamento di talune attività ha finito con il mettere in dubbio la deferenza del diritto ai portati tecnico-scientifici sulla quale era stata imperniata la teorizzazione della "società del rischio"^[2].

In ragione di ciò, in un contesto segnato da una evidente incertezza scientifica, la discrezionalità del decisore pubblico, pur dovendosi conformare al principio di precauzione, non resta ineluttabilmente vincolata alle risultanze della valutazione del rischio^[3].

Ciò nondimeno il percorso valutativo volto all'assunzione di idonee misure precauzionali deve essere condotto in modo trasparente ritenendosi tale metodo funzionale a favorire un confronto costruttivo ed aperto fra i diversi fattori (scientifici e non) sui quali dovrà basarsi la scelta pubblica.

Detta valutazione scientifica, che si snoda nelle fasi di identificazione e di caratterizzazione del pericolo, nonché in quelle di valutazione dell'esposizione al rischio e della sua connotazione, vede nella individuazione delle modalità attraverso le quali gestire quest'ultimo, nonché nell'analisi delle possibili alternative di intervento, il tratto qualificante dell'approccio precauzionale^[4].

L'omessa valutazione del rischio, perciò, conducendo ad una determinazione assunta in violazione del principio di precauzione, ne determina l'illegittimità non giovando a salvaguardarla sul piano della sua validità la circostanza che il provvedimento di natura precauzionale nel quale essa si inverte sia adottato in costanza di situazioni "eccezionali"^[5].

L'attuale quadro ordinamentale delineatosi per effetto degli anomali contorni assunti dalla pandemia, oltre ad un ripensamento dei rapporti tra scienza, politica, ed amministrazione^[6], rende indispensabile indagare da una visuale differente il possibile coinvolgimento dei privati nella strategia di contenimento del rischio sanitario.

Tale analisi è oltremodo essenziale giacché la vocazione neopubblicista riscontrata da ultimo è spesso sfociata in una sorta di pubblicizzazione delle relazioni sociali di portata generale con la conseguenza di offuscare ogni proficua lettura del principio di sussidiarietà orizzontale nella "delimitazione" e nella gestione dell'emergenza epidemica^[7].

La cornice pandemica rappresenta un (seppure inusuale e "spinoso", ma) utile banco di prova per collaudare la concreta applicazione del citato principio costituzionale nella gestione del rischio sanitario principalmente nell'ottica di cogliere le potenzialità del contributo e di appurare l'incidenza degli interventi dei soggetti privati.

In questa logica tale ambito rappresenta, inoltre, terreno nel quale sperimentare la coniugazione del richiamato principio con quello di precauzione in ragione dei vicendevoli punti di interazione.

Siffatti profili di interlocuzione possono, infatti, trovare emblematica estrinsecazione in contesti come quello in esame laddove si avverte una incidenza del principio di precauzione sull'attività degli operatori economici^[8].

In particolare, il loro intervento non può essere concepito unicamente come proteso al conseguimento del profitto in netta contrapposizione dell'interesse pubblico conseguito esclusivamente dalle pubbliche amministrazioni.

Il principio di sussidiarietà nella sua accezione orizzontale, dunque, non può essere invocato per avallare la tesi di una sostituzione del privato al pubblico o di una alternativa di "azione" pubblica o privata, quanto piuttosto per favorire una impostazione delle questioni concernenti la gestione del rischio epidemico alla luce di una cooperazione fra le due sfere.

Del resto, la paventata pretermissione del principio di sussidiarietà orizzontale appare in evidente controtendenza rispetto al significato progressivamente avvertito della collaborazione pubblico-privato in diversi settori dell'ordinamento e nel percorso di certificazione della sicurezza in particolare.

L'apporto virtuoso di soggetti diversi da quelli pubblici, difatti, è adeguatamente messo in risalto sul fronte della laboratoristica privata nei processi di *screening* di intere categorie della popolazione attraverso test molecolari (c.d. tamponi) e di tipo sierologico[9].

Tuttavia, mentre a livello "centrale" si è inteso promuovere il percorso che sottopone ai test soltanto i soggetti sintomatici[10], in ambito regionale, è stata attuata una diversa strategia preventiva che estende tale esame ad intere categorie di popolazione[11].

A tal fine sono state promosse "forme di collaborazione" da parte dei laboratori privati mediante apposite procedure volte a selezionare quelli dotati di standard qualitativi adeguati sul fronte organizzativo, in termini di strumentazione e di risorse umane.

Il compito delle strutture private si sostanzia nell'espletamento di una attività analitica le cui risultanze vengono messe a disposizione esclusivamente delle amministrazioni pubbliche che, una volta acquisite, ne tengono conto nelle disposizioni sulle possibili "riaperture" dei loro territori.

Tuttavia, al fine di garantire una gestione omogenea del rischio pandemico, tale tecnica preventiva ha implicato il mantenimento in capo alle Regioni della funzione di controllare e gestire i dati e le informazioni concernenti i risultati ottenuti.

In altri casi, invece, le Regioni hanno preferito adottare modelli parzialmente differenti da quello appena descritto in cui i laboratori privati effettuano i test sierologici, mentre è rimessa alle strutture pubbliche la funzione di processare i c.d. tamponi[12].

Prescindendo da uno specifico giudizio sulla qualità degli "schemi" verso cui è stata orientata la preferenza delle Regioni, l'impostazione che fa leva su un metodo di differenziazione territoriale, rinsalda l'idea di una strutturazione del servizio sanitario su "base regionale" e ridà vitalità ad una riflessione su un approccio alla gestione del rischio pandemico in grado di valorizzare l'apporto qualificato dei soggetti privati.

2. Principio di sussidiarietà e strategie di contenimento del rischio sanitario

Le esperienze regionali incentrate “sull’inserimento” delle strutture private accreditate nel “sistema” dell’organizzazione sanitaria pubblica presentano profili di particolare rilievo in merito ai quali anche la giurisprudenza, in occasione di un suo sindacato giurisdizionale su specifiche vicende processuali, non ha mancato di offrire il proprio contributo valorizzandone le possibili declinazioni.

In questo solco si pongono quelle pronunce con le quali il giudice amministrativo si è espresso riguardo all’indagine di mercato condotta per l’analisi dei tamponi orofaringei volti all’attività di *screening* o in merito alla qualificazione degli accordi pubblico-privato intervenuti al fine di procedere alla elaborazione di nuovi test molecolari e sierologici per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2 anche per le implicazioni che essa presenta sull’aspetto della concorrenza fra gli operatori economici presenti nel mercato^[13].

Su un piano che trascende dalle modalità attraverso le quali realizzare l’inserimento dei soggetti privati nel “circuito sanitario” e che investe, invece, quello sostanziale relativo alle rifluenze di tale “operazione” sulla gestione del rischio epidemico possono essere richiamati i principali passaggi argomentativi contenuti nelle determinazioni giurisdizionali riguardanti i modelli regionali scelti per consentire ai laboratori privati di effettuare e processare i test sierologici.

Fra queste è alquanto significativa quella sulla vicenda nella quale la società ricorrente, Artemisia s.p.a., aveva impugnato l’ordinanza del Presidente della Regione Lazio (n. Z0003 del 6 maggio 2020) con la quale l’esecuzione di esami molecolari per la ricerca del *virus* era stata affidata esclusivamente alla rete di laboratori CoroNET-Lazio.

Successivamente l’ente resistente aveva chiarito che alle strutture, pur autorizzate all’esercizio di detta attività diagnostica, non inserite nella rete CoroNET non era consentito eseguire tamponi nasofaringei e/o orofaringei per la diagnosi di laboratorio del *virus* SARS-CoV-2. Detto esame, conseguentemente, avrebbe potuto essere espletato solo da laboratori inclusi all’interno di uno specifico percorso diagnostico-assistenziale di tipo regionale.

Nello specifico, per effetto dei provvedimenti regionali impugnati, sebbene la struttura ricorrente fosse abilitata ad effettuare i test per l’identificazione di anticorpi diretti verso il *virus* SARS-CoV-2, alla stessa di fatto veniva precluso di effettuare tale tipo di esame.

Tuttavia il segnale di una apertura da parte dell’autorità decidente verso una formula applicativa estensiva del principio di sussidiarietà orizzontale, che appare netta nella fase giurisdizionale di merito, si presenta non univocamente definita nell’ambito del giudizio cautelare.

In quest’ultima sede, in un primo momento, il giudice non aveva condiviso le ragioni poste a fondamento dei provvedimenti limitativi dello svolgimento degli esami molecolari per la ricerca del *virus* e non aveva considerato adeguatamente “alimentata” l’argomentazione fondata sull’esigenza di assicurare un grado di elevatissima professionalità, né quella, in ragione della numerosità degli esami, di limitare il numero dei c.d. falsi positivi destinati a crescere all’aumentare del numero dei dati elaborati.

A riguardo, inoltre, aveva osservato come il divieto per le strutture sanitarie private di eseguire test molecolari contrastasse con il principio di libertà dell'utente di scegliere la struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria.

Detta preclusione avrebbe potuto essere superata soltanto in presenza di effettive ragioni che ne avessero giustificato la restrizione, basate su un adeguato apparato motivazionale a supporto del provvedimento e «nella presupposta, oggettiva valutazione dell'interesse pubblico finalizzato alla tutela del diritto alla salute».

L'istanza cautelare, dunque, veniva accolta giacché «nel bilanciamento degli interessi coinvolti era considerato prevalente l'interesse pubblico ad effettuare il maggior numero di esami possibile», tanto più che ciò non avrebbe implicato oneri per le finanze pubbliche, né avrebbe limitato l'accesso ai reagenti per le strutture del servizio sanitario. In quest'ottica, pertanto, veniva evidenziata l'utilità di una «rilevazione mediante esami "altri" rispetto a quelli comunemente previsti ed eseguiti per la individuazione del paziente contagiato»^[14].

Successivamente, seguendo una logica argomentativa differente, tale ordinanza veniva sospesa prima in sede monocratica e poi in sede collegiale, in quanto la decisione assunta in ambito regionale di apprestare un sistema diagnostico specialistico a carattere pubblico sembrava maggiormente idonea a garantire in modo più tempestivo il coordinamento del servizio di analisi e dei relativi flussi informativi, nonché ad assicurare «la piena e più sollecita soddisfazione, nella situazione data, dell'interesse primario tutelato (diritto alla salute, art. 32 Cost.), quale istanza prevalente su quelle antagoniste evocate dalla parte appellata»^[15].

Di tutt'altro tenore argomentativo e di più ampio respiro applicativo del principio costituzionale di sussidiarietà in una declinazione che ne consente di apprezzare la correlazione con quelli di precauzione e di proporzionalità può considerarsi la pronuncia con la quale il TAR Lazio ha deciso in primo grado il merito della sopra descritta vicenda giuridica, accogliendo le richieste della società ricorrente^[16].

In questo contesto giurisdizionale è stato chiarito preliminarmente come le misure adottate dai vari gradi di competenza istituzionale fossero state assunte privilegiando l'applicazione ora del principio di proporzionalità, ora quello di prevenzione, a seconda dello stadio emergenziale riscontrato. Inoltre, sono state delineate la differente portata concettuale e le condizioni di applicazione del principio di precauzione indicate dalla Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, così da poterne tracciare una linea discreta rispetto a quello di prevenzione^[17].

La pronuncia con la quale è stato definito in primo grado il merito, pur condividendo alcune considerazioni iniziali poste alla base della decisione cautelare di secondo grado, da quest'ultima si è discostata nelle conclusioni cui essa è pervenuta.

Analogamente a quanto chiarito nella fase giurisdizionale cautelare è stata riconosciuta prevalenza ad una azione precauzionale quand'anche essa incida, comprimendola, sulla libera determinazione dell'iniziativa economica e sulla libera scelta da parte del cittadino tanto delle modalità di tutela della propria salute, quanto del medico^[18].

Ciò nella consapevolezza che il diritto alla salute, valore costituzionale primario e non negoziabile, nei limiti e nei modi ritenuti di volta in volta indispensabili, può giustificare

determinate limitazioni dell'esercizio di altri diritti e libertà anch'essi costituzionalmente rilevanti quali quelli alla circolazione o all'iniziativa economica privata in regime di piena concorrenza.

In questa cornice viene, comunque, condivisa la preoccupazione esternata dalla Regione nella specifica fase dell'emergenza sanitaria e trasfusa nei provvedimenti impugnati di aumentare il numero dei tamponi, riducendone quanto più possibile i tempi per poterli processare, così come quella di consolidare l'affidabilità del processo di tracciatura dei flussi dei dati sia in chiave preventiva nell'individuazione di nuovi focolai, sia allo scopo di alimentare la banca dati dell'O.M.S.

Ciò nondimeno, per l'autorità giurisdizionale decidente, soprattutto dinanzi ad una riscontrata impennata dei contagi che rendeva indispensabile concretizzare l'interesse nazionale di massimizzare il numero delle verifiche così da procedere ad un tracciamento attendibile, è essenziale aprire il sistema sanitario all'apporto dei laboratori privati in grado di effettuare tali tipi di riscontri diagnostici.

Né a tali conclusioni sarebbe d'ostacolo il rischio di una disomogeneità dei dati relativi al tracciamento ricadendo esclusivamente sulla Regione il compito di stabilire le metodologie ritenute cogenti finalizzate alla relativa acquisizione e trasmissione.

D'altro canto, l'espletamento degli esami molecolari al di fuori dei percorsi diagnostici pubblici del servizio sanitario regionale e, quindi, affidato alle strutture laboratoriali private troverebbe ulteriore avallo non implicando alcuna sottrazione di risorse pubbliche né di tipo finanziario, né di ordine materiale.

Anche per tali ragioni è stata considerata rispettosa della logica precauzionale la «massimizzazione delle possibilità di esame mediante strutture specializzate a ciò dedicate», mentre, al contrario, non lo è stato il «divieto imposto sull'assunto della sufficienza delle sole strutture pubbliche».

3. Emergenza pandemica e metodo di gestione “integrata” del rischio sanitario

L'inaspettato sopraggiungere della emergenza sanitaria da Covid 19, che ha duramente colpito il nostro Paese travalicandone, peraltro, i confini nazionali, offre eterogenei e molteplici aspetti sui quali potere riflettere, consentendo, fra l'altro, di analizzare da una inedita angolazione i rapporti fra scienza e diritto.

La peculiarità della prospettiva di indagine è legata principalmente a diversi fattori: la fisionomia *sui generis* dell'epidemia per via dei suoi incerti ed indefiniti confini spazio-temporali, le “atipiche” modalità attraverso le quali si è ritenuto di intervenire per farvi fronte, la varietà degli strumenti utilizzati per ostacolarne la diffusione.

Ai suddetti connotati - che basterebbero a consacrarla in termini di emergenza (non solo) sanitaria senza precedenti - si aggiungono quelli legati alla constatazione che essa si è presentata come priva di dati idonei ad individuarne le cause e le origini e (forse anche per

tale ragione) di certezze scientifiche in grado di incidere in modo tempestivo e determinante sulla prevenzione e sulla gestione dei rischi da essa derivanti per la salute umana.

Gli ambigui tratti dell'evento pandemico ancora in atto hanno appannato i contorni del quadro emergenziale di riferimento e sono divenuti ancora più nebulosi per effetto degli assunti interventi di varia natura giuridica incidenti sui diversi settori dell'ordinamento.

Tuttavia le questioni che ruotano attorno all'ampio tema della gestione dell'emergenza pandemica offrono l'occasione, attraverso l'analisi delle fattispecie riguardanti la laboratoristica privata, di ripensare al contributo che i soggetti diversi da quello pubblico possono offrire per il contenimento della diffusione del *virus*.

La delicatezza di siffatta questione è tanto più evidente laddove si consideri che la gestione consequenziale ai risultati derivanti dall'aver processato i tamponi è destinata a ricadere su ulteriori posizioni di diritto e di libertà individuali costituzionalmente garantiti.

Ciò impone, pertanto, di apprezzare le potenzialità di un modello fortemente permeato dalla prospettiva costituzionale della sussidiarietà orizzontale in cui l'attività diagnostica espletata dai laboratori privati è destinata a condizionare il processo di valutazione del rischio, facendo transitare da percorsi "integrati" di certificazione della sicurezza l'assunzione di misure emergenziali, più o meno restrittive.

Da siffatto angolo visuale, inoltre, la concreta applicazione del principio di precauzione non implica l'adozione di formule organizzative di stampo centralistico, ma incoraggia l'assunzione di metodi fondati sul coinvolgimento pieno del sistema delle autonomie, pubbliche e private.

Il valore aggiunto costituito dall'attività diagnostica espletata dalla laboratoristica privata può essere apprezzato anche se inserito all'interno di un percorso complesso ed integrato nel quale la raccolta degli esiti, la ripetizione e gli ulteriori approfondimenti ove occorrenti, la tracciatura, la comunicazione "unitaria" ad enti nazionali e internazionali vengano garantiti per effetto di «una canalizzazione governativa in entrata e in uscita, in un circuito omogeneo e di elevato valore scientifico pubblico»^[19].

Ciò tanto più che l'identità dei parametri di riferimento e dei relativi metodi di elaborazione dei risultati gioverebbe all'omogeneità ed alla qualità delle indagini diagnostiche espletate e contribuirebbe a contenere il numero dei casi di falsi positivi e negativi.

Più precisamente l'inserimento dei privati nel circuito di gestione emergenziale non si porrebbe in alcun modo in contrasto con un sistema diagnostico specialistico in cui il soggetto pubblico è chiamato a coordinare il servizio di analisi e dei relativi flussi informativi, a gestire ogni possibile variabile o contingenza anche a carattere emergenziale, a prevedere ed assicurare l'uniformità delle tecniche diagnostiche e, quindi, dei parametri di riferimento e di affinamento dei risultati.

Una impostazione basata su meccanismi di integrazione pubblico-privato nella gestione dell'emergenza sanitaria renderebbe più proficua la pianificazione e l'allocazione delle risorse tutelando in modo pieno e tempestivo nella situazione data il valore primario costituzionalmente garantito qual è il diritto alla salute.

La convergente e sinergica “azione” dei laboratori pubblici e privati protesa all’individuazione di soggetti positivi è, inoltre, coerente con il principio di precauzione, soprattutto in vista delle possibili limitazioni costituzionali a diritti e libertà conseguenti ad un accertamento diagnostico di positività che richiedono una loro “riespansione nel più breve tempo possibile.

L’esecuzione dei test molecolari anche da parte di soggetti privati, dunque, non mortificherebbe la funzione pubblica, né svilirebbe la gestione di tutta l’emergenza ma, al contrario, implicando l’espletamento in modo coordinato tra Regione, strutture sanitarie pubbliche e private accreditate, dell’attività diagnostica avrebbe tangibili ricadute positive sui destinatari della prestazione e sull’organizzazione sanitaria nel suo complesso.

Sui primi, in quanto il contenimento dei tempi previsti per processare i tamponi condizionato dall’aver evitato di far pesare unicamente sulle strutture sanitarie pubbliche l’esecuzione di un numero elevatissimo di test consentirebbe loro di venire a conoscenza tempestivamente dei risultati dell’esame laboratoriale al quale sono stati sottoposti.

Sulla seconda, giacché una organizzazione coordinata nei termini di cui si è detto valorizzerebbe tutte le professionalità presenti sul territorio, preziose in una fase complicata qual è quella nella quale ci troviamo, con una “preferenza” per le strutture pubbliche solamente laddove scelte di tal guisa siano sorrette da un saldo ed argomentato corredo motivazionale.

L’impianto discrezionale che connota l’adozione di specifiche tecniche organizzative, sia pure in un contesto emergenziale, non può legittimare inadeguate misure restrittive dell’iniziativa economica e di altre libertà costituzionalmente garantite se non in quei casi nei quali occorra trovare «un ragionevole e proporzionato controbilanciamento nella cura in concreto, da parte della pubblica amministrazione decidente, dell’interesse pubblico demandato e (...) nella presupposta, oggettiva, valutazione dell’interesse pubblico finalizzato alla tutela del diritto alla salute»^[20].

In questa impostazione l’inserimento dei laboratori privati all’interno del sistema diagnostico pubblico confermerebbe come la gestione dell’emergenza pandemica debba essere affidata alla Repubblica nel suo complesso, secondo una lettura costituzionalmente orientata che rinviene espresso e saldo ancoraggio giuridico non solo nell’art. 118, u.c., ma anche nell’art. 114 della Carta fondamentale italiana.

Siffatta ricostruzione dimostrerebbe, dunque, come «da “certificazione della sicurezza” si inserisce proprio all’interno delle complesse dinamiche cooperative che legano amministrazioni ed imprese nella *governance* del rischio, rappresentando così uno degli aspetti di riconsiderazione del ruolo dei soggetti privati all’interno dei processi di *risk regulation*»^[21].

[1] Cfr. A. Barone, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 186-187

[2] A riguardo è imprescindibile il rinvio a U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986 trad. it. a cura di W. Privitera, *La società del rischio verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

[3] In dottrina sul principio di precauzione, fra i contributi più significativi F. Trimarchi, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2005, 1673-1707; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2007, 1-36; G. Corso, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008, 158-170; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008; I.M. Marino, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 2177-2207, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, a cura di A. Barone, Napoli, 2015, 1511-1544.

[4] A tale proposito Commissione Europea, *Comunicazione sul principio di precauzione* – COM (2000) 1, 2 febbraio 2000, <https://eur-lex.europa.eu>, ha evidenziato come un esame del genere non possa basarsi semplicemente su un raffronto costi/benefici richiedendo invece una comparazione più complessa.

Sulla "accettabilità" da parte della popolazione interessata come variabile alla luce della quale deve essere effettuata la valutazione della misura adottata Corte di giustizia CE, sentenze 5 maggio 1998, causa C-157/96, par. 63, e causa C180/96, punto 99; sent. 9 settembre 2003, causa C-236/01, par. 111, curia.europa.eu.

[5] A. Barone, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, cit., 192, ha descritto le conseguenze del *vulnus* causato dalla mancata valutazione scientifica del rischio.

[6] Tale esigenza è avvertita da F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in www.ildiritto dell'economia.it.

[7] A. Barone, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in www.federalismi.it, 7, in questo senso ha ritenuto emblematico il diffuso utilizzo di strumenti dai tratti marcatamente autoritativi, come quelli contemplati nell'art. 6, d.l. c.d. "cura Italia" (n. 18 del 2020) nel quale è espressamente stabilita la «requisizione in uso o in proprietà di presidi sanitari e medico-chirurgici, nonché di beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare la predetta emergenza sanitaria, anche per assicurare la fornitura delle strutture e degli equipaggiamenti alle aziende sanitarie o ospedaliere ubicate sul territorio nazionale, nonché per implementare il numero di posti letto specializzati nei reparti di ricovero dei pazienti affetti da detta patologia». Il solco segnato dalla disposizione destinato a coinvolgere la sanità privata accreditata pare escludere il coinvolgimento dei privati nella co-gestione del rischio pandemico.

Sul principio di sussidiarietà orizzontale, senza pretesa di esaustività, G. Berti, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 409; M.P. Chiti, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 1997, 97-99; G. Pastori, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in Aa.Vv., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova 1999, 170-182; A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13-33; G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, Relazione al Convegno "Cittadini attivi per una nuova amministrazione", Roma 7-8 febbraio 2003, in www.astridonline.it; I.M. Marino, *Presentazione del Master in "Gestione globale del rischio"*, LUM-Jean Monnet, Casamassima (Ba), 14 maggio 2004.

[8] A. Barone, *Pubblico e privato nella gestione del rischio*, in G. Guerra, A. Muratorio, E. Pariotti, M. Piccinni, D. Ruggio (a cura di), *Forme di responsabilità e nanotecnologie*, Bologna, 2011, 159-184.

[9] Le considerazioni su tale profilo ivi articolate e sviluppate nella parte finale del presente paragrafo sono riprese dall'analisi condotta su alcune significative esperienze regionali da A. Barone, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, cit., 194-196, della quale sono riproposti in modo pressoché testuale i punti più salienti.

[10] Cfr. Circolare del Ministro della Salute del 22 febbraio 2020.

[11] In questa direzione si sono mosse la Regione Toscana, come si evince dall'ordinanza n. 23 del 3 aprile 2020, adottata dal relativo Presidente, la Regione Veneto su precise indicazioni scientifiche da parte dell'AOP di Padova e dell'AOUI di Verona e la Regione Sicilia, come è possibile riscontrare nella nota prot. n. del 16 aprile 2020 del suo Assessore alla Salute.

[12] La Regione Lazio si è orientata in tal senso e la preferenza mostrata per siffatto modello ha costituito oggetto di apposita ordinanza del TAR Lazio, sez. III, 15 giugno 2020, n. 4350, sospesa prima in sede monocratica (Cons. Stato, sez. III, decr. Pres., 26 giugno 2020, n. 3769) e, poi, in sede collegiale (Cons. Stato, sez. III, ord., 17 luglio 2020, n. 4323). Su questo specifico punto si rinvia al paragrafo 2.

[13] Nel primo caso la legittimità dei provvedimenti adottati dalla Regione Campania è stata confermata sia nel giudizio cautelare (TAR Campania, Napoli, decr. Pres., 11 aprile 2020, n. 776 e sez. I, ord., 22 aprile 2020, n. 856), che in quello di merito di primo grado (sez. I, sent., 1 settembre 2020).

Nel secondo caso, precisato che siffatto accordo non può essere considerato in termini di mera collaborazione, è stata sancita l'illegittimità - per non essere stata indetta e svolta una procedura ad evidenza pubblica, in violazione dei canoni di trasparenza, parità di trattamento, e divieto di discriminazione - della determina del direttore generale di un IRCCS, con la quale era stata accettata la proposta di collaborazione con un operatore privato per la valutazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2, e l'accordo ad essa connesso. Specificamente a tale ultimo riguardo cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, 8 giugno 2020, n.1006, secondo cui il diritto interno ed europolitano impone ai soggetti pubblici di avvalersi di procedure competitive trasparenti e non discriminatorie per selezionare la controparte contrattuale ogni qual volta intendano offrire un'utilità suscettibile di trasformarsi in un'occasione di guadagno per gli operatori di un determinato settore. Le amministrazioni concedenti - pur di optare per la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i partecipanti devono soddisfare durante le varie fasi della procedura - devono assicurare che il candidato venga scelto in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti. Tale *modus operandi*, infatti, garantisce tanto l'effettiva apertura alla concorrenza del settore delle concessioni di beni, quanto il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

[14] Cfr. TAR Lazio, sez. III, 15 giugno 2020, n. 4350.

[15] Così Cons. Stato, sez. III, ord., 17 luglio 2020, n. 4323.

[16] TAR Lazio, sez. III, 26 ottobre 2020, n. 10933.

Fra i diversi motivi di doglianza, la ricorrente aveva evidenziato come il divieto contenuto nei provvedimenti regionali per le strutture sanitarie private di eseguire test molecolari contrastasse con l'intera impostazione del sistema sanitario in seno al quale il diritto alla salute veniva declinato mediante la libertà riconosciuta a ciascun soggetto di scegliere la cura ed il soggetto che la presta. Ad avviso della Artemisia s.p.a., inoltre, l'impianto normativo vigente in materia non legittimava forme di divieto gravanti sulle strutture private di svolgere detti test, limitandosi semmai ad indirizzare le strutture pubbliche verso l'esplicitamento di funzioni di raccordo tra i lavoratori esistenti allo scopo di coordinare le attività diagnostiche. Né gioverebbe, secondo la predetta società, sostenere che detto tipo di limitazione trovi sostegno nella necessità di non fare gravare detti esami sulle finanze pubbliche o nella penuria di reagenti richiesti per l'esecuzione dei test molecolari.

Sulla connessione tra i principi di precauzione e di proporzionalità recentemente Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2020, n. 1692.

[17] Com'è noto, la Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 (par. 5.1.3) ha individuato le condizioni di applicazione del principio di precauzione nella sussistenza di indicazioni ricavate da una apposita valutazione scientifica sia degli «effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento», sia «del rischio che, per l'insufficienza dei dati, il loro carattere non conclusivo o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione».

Nella cornice giuridica disegnata dalla Commissione non sono rispettose del principio di precauzione la scelta del c.d. "rischio zero" e la predisposizione di misure non calibrate sul livello di protezione prescelto, né corredate da un'analisi dei conseguenti vantaggi ed oneri. Da ciò consegue che non sempre un divieto totale od un contrasto radicale siano una risposta proporzionale al rischio potenziale dovendosi invece optare per una azione cautelativa che, temperando esigenze di precauzione e di proporzionalità, possa essere costantemente riadattata in relazione ai risultati raggiunti ed a dati scientifici progressivamente acquisiti (pa. 6 e 6.3.5).

In dottrina sui concetti di prevenzione e precauzione R. Ferrara, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. 1, in R. Ferrara, C.E. Gallo (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, 26 ss.

Sostiene che vi sia identità sostanziale tra i principi di prevenzione e precauzione M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in Annuario 2015 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Il Diritto Amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2016, 2004, 80.

I.M. Marino, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, cit., 1533-1534, evidenzia come nonostante principio di precauzione e gestione del rischio siano ormai entrati nel diritto italiano, anche per i numerosi interventi dei giudici, emergano «tuttavia difficoltà concrete nel distinguere la precauzione dalla prevenzione, così come il rischio dal pericolo».

Sulla distinzione fra i principi di precauzione e di prevenzione può vedersi, inoltre, Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655, secondo cui «Posta la differenza concettuale che intercorre tra precauzione (limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi) e prevenzione (limitazione di rischi oggettivi e provati) - il principio di precauzione, dettato in primis dall'art. 191 del TFUE e a seguire recepito da ulteriori fonti comunitarie e dai singoli ordinamenti nazionali, fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto. L'attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525 e sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495)».

[18] In merito alle principali misure di limitazione della libertà di ini

ziativa economica privata adottate durante l'emergenza M. Cecchetti, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in www.astridonline.it.

[19] Testualmente TAR Lazio, sez. III, 26 ottobre 2020, n. 10933.

[20] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2019, n. 1589.

[21] Così I.M. Marino, A. Barone, *Impresa, rischio e pubblica amministrazione*, in *Ritagli di Economia e Diritto*, Università LUM Jean Monnet, n. 3/2008, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, cit., 1388.